

00721
309



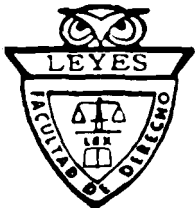
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

"ANALISIS JURIDICO DE LA INSTITUCION QUE
REPRESENTA EL SECRETO BANCARIO EN LA ACTUALIDAD"

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
SILVIA PATRICIA GARCIA ANAYA



DIRECTOR: DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERC

CIUDAD UNIVERSITARIA,

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



SECRETARÍA NACIONAL
DE EDUCACIÓN
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

La alumna, **SILVIA PATRICIA GARCIA ANAYA**, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: **"ANALISIS JURIDICO DE LA INSTITUCION QUE REPRESENTA EL SECRETO BANCARIO EN LA ACTUALIDAD"**, con la asesoría del DR. **JESUS DE LA FUENTE RODRIGUEZ**, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".

Ciudad Universitaria, a 14 de febrero del año 2001

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRAZA
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MER.

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.
AFMP/mrc.

Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez

DR. FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL
P R E S E N T E.

Me permito distraer su fina atención, para expresarle que la C. SILVIA PATRICIA GARCÍA ANAYA, con número de cuenta 9234741-0, ha terminado su trabajo de tesis que bajo el título "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN QUE REPRESENTA EL SECRETO BANCARIO EN LA ACTUALIDAD", realizó bajo la supervisión del suscrito, y el que me permito someter a su amable consideración.

Agradezco de antemano la atención que se sirva dar a la presente y aprovecho la ocasión para saludarle respetuosamente.

ATENTAMENTE

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU

DR. JESÚS DE LA FUENTE RODRÍGUEZ.

México Distrito Federal a 14 de noviembre del 2002.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A Dios por haberme dado la oportunidad de vivir.

A mi mamá Silvia Anaya Esquivel, quien siempre ha confiado en mí, brindándome todo su amor y apoyo incondicional, y sobre todo por ser también mi gran amiga. Te amo mamá.

A mi hermana Ana María a quien deseo de todo corazón que todas las metas que se proponga en la vida las consiga a base de esfuerzo, dedicación y constancia. Te quiero mucho hermanita.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mi papá Isaías García Meza y mis hermanos Edgar, Uriel y Miguel por ser parte importante y fundamental en mi vida.

A mis abuelitos Elodia Esquivel y José Luis Anaya, así como a mis tíos Pepe, Jorge y Margo por la confianza otorgada y que de alguna manera contribuyeron para la culminación de esta meta.

A José Luis Díaz Valle por el apoyo brindado durante mis estudios profesionales, y por estar a mi lado en los momentos difíciles que he tenido que enfrentar en el aspecto familiar.

A mi amiga Haydee López Miranda por estar conmigo en los momentos más importantes de mi vida y por el tiempo en que hemos logrado mantener nuestra gran amistad.

A mis amigas Lizet Martínez, Karla Gamboa y Gabriela Reynosa, por todos los momentos compartidos, buenos y malos que conllevan el mantener la verdadera amistad.

Al Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez, por todo su apoyo al compartir conmigo sus vastos conocimientos en la materia, así como el tiempo otorgado para la realización del presente trabajo de investigación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**A todos mis profesores que hicieron posible
la culminación de mi formación académica.**

**A la Universidad Nacional
Autónoma de México por
brindarme la oportunidad de
culminar mis estudios
profesionales y ser orgullosamente
egresada de la máxima casa de
estudios.**

**Al Despacho Morales, De Velasco y
Villicaña, con especial agradecimiento al
Lic. Pablo Villicaña Rodríguez por su
colaboración en la realización de esta tesis,
así como por brindarme la oportunidad de
desarrollarme profesionalmente.**



ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN QUE REPRESENTA EL SECRETO BANCARIO EN LA ACTUALIDAD

ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

Capítulo 1

Marco Histórico-Jurídico de las Instituciones de Crédito en México.

1.1.	Concepto de banco y banca.....	1
1.2.	Los primeros bancos en México.....	3
1.3.	La facultad legislativa en materia de Instituciones de Crédito.....	5
1.4.	Legislación bancaria.....	6
1.5.	Integración del Sistema Bancario Mexicano.....	9
1.5.1.	Banco de México.....	10
1.5.2.	Instituciones de Banca Múltiple.....	16
1.5.3.	Instituciones de Banca de Desarrollo.....	22
1.5.3.1.	Patronato del Ahorro Nacional (actualmente Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros BANSEFI).....	26
1.5.4.	Fideicomisos Públicos para el fomento y del Banco de México.....	28
1.5.5.	Sociedades Financieras de Objeto Limitado.....	29
1.5.6.	Filiales de Instituciones Financieras del Exterior.....	31
1.6.	Naturaleza jurídica de la actividad bancaria.....	33
1.7.	Servicio de banca y crédito.....	36

Capítulo 2

Origen y antecedentes generales del secreto bancario.

2.1.	Noción de secreto.....	40
2.2.	Concepto de secreto profesional.....	41
2.3.	Secreto profesional en diversas leyes del país.....	42
2.4.	Origen del secreto bancario.....	47
2.5.	Concepto de secreto bancario.....	48
2.6.	El secreto bancario en el Derecho Comparado.....	49
2.6.1.	En Suiza.....	49
2.6.2.	En España.....	57
2.6.3.	En Estados Unidos.....	58

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.7.	Trayectoria del secreto bancario en la legislación mexicana.....	59
2.7.1.	Ley General de Instituciones de Crédito del 19 de marzo de 1897.....	59
2.7.2.	Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924.....	60
2.7.3.	Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926.....	61
2.7.4.	Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos bancarios del 31 de agosto de 1926.....	62
2.7.5.	Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932.....	62
2.7.6.	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 3 de mayo de 1941.....	63
2.7.7.	Ley Reglamentaria del servicio Público de Banca y Crédito del 1º de enero de 1983.....	64
2.7.8.	Ley reglamentaria del servicio Público de Banca y Crédito de 1985.....	66
2.7.9.	Ley de Instituciones de Crédito de 1990.....	66
2.7.10.	Reforma a la Ley de Instituciones de Crédito del 4 de junio del 2001.....	67

Capítulo 3

Generalidades del secreto bancario.

3.1.	Naturaleza jurídica del secreto bancario.....	70
3.2.	Fundamento Constitucional del secreto bancario.....	71
3.2.1.	Artículo 16 y 14 Constitucionales.....	73
3.3.	Bien jurídico protegido.....	75
3.4.	Finalidades del secreto bancario.....	76
3.5.	Operaciones que protege el secreto bancario.....	79
3.5.1.	Depósitos (Operaciones pasivas).....	81
3.5.2.	Créditos (Operaciones activas).....	86
3.5.3.	Servicios (Operaciones neutras).....	91
3.6.	Elementos personales.....	95
3.6.1.	Sujeto beneficiado con el sigilo.....	95
3.6.2.	Sujetos a los que les es oponible el secreto.....	97
3.6.3.	Sujetos obligados a guardar el secreto.....	99
3.7.	Responsabilidades por violación del secreto bancario.....	100
3.7.1.	Sanciones penales.....	101
3.7.2.	Sanciones laborales.....	105
3.7.3.	Sanciones administrativas.....	106
3.7.4.	Sanciones civiles.....	108

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Capítulo 4

Autoridades que pueden solicitar informes a las Instituciones de Crédito sin que se viole el secreto bancario.

4.1.	Autoridades facultadas para solicitar directamente informes respecto del secreto bancario.....	111
4.1.1.	Comisión Nacional Bancaria y de Valores.....	112
4.1.2.	Autoridades Judiciales.....	117
4.1.3.	Procuraduría General de la República.....	119
4.2.	Autoridades que por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores deben solicitar informes respecto del secreto bancario.....	120
4.2.1.	Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.....	121
4.2.2.	Contaduría Mayor de Hacienda.(Actualmente Entidad de Fiscalización Superior de la Federación).....	121
4.2.3.	Autoridades Fiscales Federales.....	122
4.2.4.	Autoridades Fiscales Autónomas Federales.....	123
4.2.5.	Juntas Federales y Locales de Conciliación y de Conciliación y Arbitraje.....	124
4.3.	Otras entidades que pueden solicitar informes respecto del secreto bancario.....	125
4.3.1.	Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.....	125
4.3.2.	Banco de México.....	127
4.3.3.	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.....	128
4.3.4.	Fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal para el Fomento económico.....	129
4.4.	Propuesta de regulación.....	130
	CONCLUSIONES.....	135
	BIBLIOGRAFIA.....	140

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

El secreto bancario es una institución actual a pesar de que su origen es antiguo, ya que constantemente es tratado en los medios de comunicación, por maestros, investigadores, tratadistas, etcétera; sin embargo, en términos generales hay un gran desconocimiento respecto del mismo, ésta es una de las razones principales que me motivaron para realizar este análisis respecto de los motivos tanto institucionales como jurídicos que tuvo el legislador para establecer en la Ley de Instituciones de Crédito la regulación de esta importante figura.

Sin duda alguna, el secreto bancario es necesario para salvaguardar la confianza de los usuarios de las instituciones bancarias y la seguridad en sus operaciones, el mismo corresponde a uno de los requerimientos de seguridad jurídica y libertad, que debe garantizar todo régimen de derecho ya que es uno de los pilares de la confianza característica de cualquier sistema bancario.

El objetivo del presente trabajo de investigación, es hacer un análisis del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, que regula la figura jurídica del secreto bancario como un mecanismo legal, cuyo objetivo es proteger el derecho de los usuarios del sector bancario de mantener en confidencialidad los detalles y la información referente a las operaciones y servicios que celebran con dichas instituciones bancarias, sin que esto impida la persecución de ilícitos en aquellos casos en que se utilice esta figura para escudarse de actividades delictivas, como lo es el lavado de dinero, defraudación fiscal, operaciones financieras ilícitas o de corrupción, entre otros.

El presente estudio se desarrolla en cuatro capítulos; en el primero se aborda el tema del marco histórico jurídico de las instituciones bancarias en nuestro país, partiendo del momento histórico en que nacieron los primeros bancos y la manera en que los mismos se fueron desarrollando y adecuando a las necesidades de nuestro sistema bancario nacional, abarcando desde luego la facultad legislativa en este sentido.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Asimismo, se desarrolla un estudio de nuestro actual sistema bancario mexicano, integrado por autoridades, entidades bancarias e instituciones, y de que manera están relacionadas con el secreto bancario, sin restarle importancia al aspecto jurídico de la banca en nuestro país y definitivamente de los servicios de banca y crédito prestados por las instituciones de crédito a los usuarios bancarios

En el segundo capítulo se analiza el origen y antecedentes del secreto bancario, se desarrolla su evolución, se define y ubica dentro del secreto profesional, el cual en la mayoría de los ordenamientos legales es regulado, tal es el caso del Código Fiscal de la Federación, Código Civil para el Distrito Federal, Ley del Notariado, así como la Ley de Instituciones de Crédito, entre otras, ésta última de suma trascendencia para el presente trabajo de investigación, por ser la ley de la materia que regula lo concerniente a la figura jurídica que me ocupa.

De igual manera se infiere en la importancia que tiene esta figura en el derecho comparado y la manera en que se encuentra regulada en países como España, Estados Unidos y Suiza, en este último, donde se ha regulado de manera muy especial lo cual ha permitido el desarrollo de su sistema financiero.

En el tercer capítulo se estudia el fundamento constitucional del secreto bancario, establecido en los artículos 14 y 16 Constitucionales, que fundamentan y motivan todo acto de autoridad.

Se analizan los bienes jurídicos que protege el secreto bancario, así como las finalidades del mismo, en razón de los motivos institucionales que tuvo el legislador para establecer en la ley, una obligación a cargo de las instituciones de crédito, para que éstas guardarán reserva acerca de la información proporcionada por sus clientes en relación con las operaciones y servicios que prestan al público en general, estudiando también de manera simultánea las operaciones que protege el secreto bancario, denominadas activas, pasivas y de servicios, y los elementos personales que integran al secreto bancario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por último, en el capítulo cuarto se realiza una investigación de las autoridades, entidades financieras e instituciones que pueden y están facultadas por la ley para solicitar de manera directa informes respecto del secreto bancario, así como de aquellas que por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores pueden hacerlo y de otras más que pueden solicitar informes a las Instituciones de Crédito; para finalmente describir las sanciones a que se hacen acreedores aquellas personas o autoridades que violan el secreto bancario, siendo éstas de diversa naturaleza jurídica como lo son del ámbito penal, laboral, administrativo y civil.

El uso del método jurídico, fue imprescindible al realizar esta investigación, ante la necesidad de presentar un panorama general de la legislación aplicable y vigente, y el tratamiento que actualmente tiene dicha figura, todo lo anterior en base a la importancia que ha cobrado la misma en los últimos tiempos llegando a las conclusiones y con ello a las propuestas o modificaciones a la ley de la materia.

**TESIS CON
FALLA DE
ORIGEN**

PAGINACION

DISCONTINUA

CAPITULO I

MARCO HISTORICO-JURIDICO DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO EN MÉXICO.

1.1. Concepto de banco y banca.

Banco

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Concepto de banco, "(Del germánico *Bank*, asiento por referencia al que en las ferias medievales ocupaban los cambistas.)"¹

"En el derecho alemán y el derecho anglosajón, la palabra "*Bank*", designa un conjunto de cosas, montón o amontonar, con la que se expresaba la acumulación de fondos de capital de dinero o de existencias, también significa mostrador, silla o mueble donde se sientan las personas"²

Según algunos autores, semánticamente banco deriva de "*abacus*", que eran los muebles que utilizaban los "*argentarii*" en Roma, para realizar su actividad, Ducange estima a su vez, que proviene de: "*Mensa mercatorum, in qua merces sus emptoribus exponerent*"³, es decir, "la mesa en que los mercaderes mostraban sus mercancías a los compradores", sufriendo la expresión un cambio semántico al pasar al italiano, como el banco en que se sentaban los comerciantes y cambistas en la plaza pública, o bien la mesa en que contaban su dinero.

Para Carabellese, "Banco o banquero teniendo en cuenta los dos elementos de su función: depósito y circulación, se puede considerar como el agente intermediario entre la demanda y la oferta del crédito que con el ejercicio del depósito bancario a fin de emplear

¹ Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, DJ2K-311

² ACOSTA Romero, Miguel, Nuevo Derecho Bancario, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 288

³ Cfr., Ducange, citado por Eduardo F. Arteaga, Proyecto de Ley sobre Bancos e Instituciones de Crédito, Imprenta del Gobierno en el Exarzbispado de Puebla, México, 1880, p. 6

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los capitales recibidos, promueve la circulación bancaria con el propósito de obtener beneficios constituyéndose de esa manera en deudor hacia la oferta y en acreedor hacia la demanda del crédito”⁴.

De acuerdo con lo expuesto, los bancos son todas aquellas instituciones que se constituyen como sociedades anónimas o sociedades nacionales de crédito, y su actividad principal, es obtener crédito de los usuarios que depositan sus recursos y dar crédito al mismo, esto es, realizar las operaciones permitidas por la ley de la materia, así como otorgar diversos servicios financieros y que en el capítulo tercero, se hablará más ampliamente de estas operaciones y que son las que cubre el secreto bancario.

Banca

Conforme al Diccionario de la Lengua Española banca, “es el comercio que principalmente consiste en operaciones de giro, cambio y descuentos, en abrir créditos y llevar cuentas corrientes y en comprar y vender efectos públicos, especialmente en comisión”⁵. Se trata de la actividad económica referida primordialmente a operaciones con dinero e instrumentos de crédito.

Siburu considera que Banca es: “...toda institución organizada por el ejercicio regular, continuo y coordinado del crédito, en su función mediadora entre la oferta y la demanda de capitales, mediante operaciones practicadas por profesión”.⁶

Por su parte, D' Angelo-Mazzantini⁷ estima que Banca es “una Empresa Intermediadora del crédito”.

Para el profesor, Miguel Acosta Romero, “banca es la actividad realizada en esos términos, o abarca genéricamente al conjunto de bancos o instituciones que en un país

⁴ Citado por COTELLY, Esteban, Derecho Bancario, Ediciones Arayos, Buenos Aires, 1956, p. 157

⁵ Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, DJ2K-307

⁶ Citado por COTELLY Esteban, op. cit. p. 159

⁷ Citado por COTELLY, Esteban, op. cit., p. 157

llevan a cabo la importante función de intermediar en el crédito, así se habla de la Banca mexicana, la Banca francesa, la Banca de depósito, la Banca hipotecaria, etcétera¹⁸.

Tomando en cuenta lo señalado, la banca es la actividad que realizan las empresas autorizadas para ello y la cual consiste en captar recursos del público y colocarlos en el mismo, obligados a cubrir el principal y los intereses.

1.2. Primeros Bancos en México.

Los primeros bancos en México, se encuentran en los llamados "*positos*", que eran almacenes de granos, que en ocasiones hacían préstamos de ellos a los campesinos pobres para que a la fecha de cosecha los pagaran con intereses moderados. De tal manera que el crédito se ejercía por los mismos comerciantes y por las organizaciones eclesiásticas durante la colonia, en virtud de que estas últimas, en algunos casos, prestaban dinero a plazo y con cierto interés.

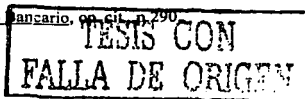
El crédito de avío adquirió especial esplendor durante la época colonial, en la que operaron los Bancos de Plata, fomentando la minería por medio del Avío.

A su vez el 2 de junio de 1774, se autorizó por el gobierno español, el establecimiento de la institución llamada Monte de Piedad de Animas, para hacer préstamos prendarios sin interés a los pobres, pero a la muerte de su fundador, los administradores comenzaron a cobrar intereses y sacrificaron los ideales humanitarios del mismo.

En la etapa del dominio colonial español, sobre el territorio de la Nueva España, no hubo bancos, ni actividad bancaria, en sentido estricto.

El jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez establece "...ya iniciado el proceso de independencia, surgieron diversos intentos para la organización de instituciones de crédito.

¹⁸ ACOSTA Romero, Miguel, Nuevo Derecho Bancario, op. cit., p. 290



De éstos debe mencionarse el Banco de Avío, que se debía dedicar al fomento de la industria textil nacional..."⁹

Esta institución fue el primer banco mexicano que operó con capital del erario, pero se disolvió en el año de 1842.

También en esa época, en el año de 1837, se creó el Banco Nacional de Amortización de la Moneda de Cobre, con el fin de eliminar de la circulación, monedas falsificadas que habían despertado gran descontento entre la población, de manera que se tuvieron que cambiar por plata, moneda de cobre de nuevo cuño, o por cédulas que podía emitir el propio Banco. Después de cumplir su cometido este Banco se extinguió en 1841.

Los dos bancos mencionados son el antecedente de lo que ahora se conoce como instituciones nacionales de crédito, en virtud de que fueron creados por el gobierno mexicano.

En 1864, se estableció el Banco de Londres, México y Sudamérica, como sucursal de la Sociedad inglesa del mismo nombre.

Enrique Creel de la Barra, sostiene que si bien este Banco, "...viene a ser en rigor el pionero del régimen bancario mexicano, el papel de fundador de los bancos legalmente constituidos y dotados de personalidad claramente reconocida por la ley corresponde al Banco Nacional de México..."¹⁰, el cual fue establecido en 1884 por fusión del Banco Nacional Mexicano, autorizado en 1881 y del Banco Mercantil Mexicano, organizado en 1882.

Al comenzar el año de 1884, en virtud de que la facultad para legislar en materia de comercio y bancos se reservó a la Federación, el sistema bancario se componía de: un Banco extranjero con sucursal en la Ciudad de México: el Banco de Londres, México y

⁹ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín, Derecho Bancario, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 21

¹⁰ CREEL de la Barra, Enrique, La historia de la banca en México, en el Mercado de Valores, Semanario de Nacional Financiera, núm. 27, 2 de julio de 1979, p. 547

Sudamérica; de una Casa de Empeño autorizada para emitir billetes: el Monte de Piedad; de una institución nacional concesionada por el Estado: el Banco de Chihuahua; de un proyecto de Banco concesionado por la Federación: el Banco de Empleados; y de un Banco Hipotecario facultado para hacer negocios de emisión.

1.3. La facultad legislativa en materia de Instituciones de Crédito.

El autor Hemilio Herrejón Silva al respecto establece, "De conformidad con el régimen constitucional mexicano da facultades expresas a favor de la Federación, hasta 1883 en que la facultad de legislar en materia bancaria y en general sobre comercio, perteneció a los estados, ya que no era una atribución otorgada al Congreso Federal en la Constitución de 1857".¹¹

Las Constituciones Centralistas conocidas como Leyes Constitucionales, expedidas por el Congreso Constituyente, la primera en el año de 1836 y la segunda en el año de 1843, no hacían mención sobre facultades del Congreso Federal para legislar en materia bancaria, en consecuencia y a falta de legislación nacional se aplicaban en materia mercantil, las Ordenanzas de Bilbao, en todo el territorio de la República Mexicana, hasta el año de 1854.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, en su artículo 72, fracción X relativo a las facultades del Congreso de la Unión, por vez primera otorgó facultades al mismo, para establecer las bases generales de la legislación mercantil, no estableciendo nada al respecto de la materia bancaria como materia federal, dando esto origen a que dicha facultad estuviera reservada a los Estados, y es por ello que algunos legislaron en materia de instituciones de crédito y admitieron el establecimiento de bancos locales de emisión. Así, en el Estado de Chihuahua surgieron el Banco de Santa Eulalia en 1875, el Banco Mexicano en 1878 y el Banco Minero de Chihuahua en 1882.

¹¹ HERREJON Silva, Hemilio, Las Instituciones de Crédito, Un enfoque jurídico, Editorial Trillas, México 1988, p. 16



“Estos bancos locales de emisión fueron los precursores de los numerosos bancos de emisión que posteriormente se crearon en la mayoría de los Estados de la Federación”¹², y a consecuencia de los graves problemas del hecho de que proliferaran los bancos autorizados por los estados, se promovió en el año de 1883 una reforma constitucional para establecer en favor del Congreso Federal la facultad de legislar en materia de instituciones de crédito y, en general, en materia de comercio. Con base en estas modificaciones, en 1884 se expidió el primer Código de Comercio de carácter federal, el cual estableció diversas regulaciones en materia bancaria.

A partir del año de 1917 se legisló para decretar la exclusividad de la emisión de billetes a un sólo banco bajo el control del gobierno federal, iniciándose una reestructuración a fondo del sistema bancario con base en una mayor participación del gobierno en la dirección, orientación, regulación y supervisión de las instituciones de crédito a fin de que presten un eficaz servicio bancario.

1.4. Legislación bancaria.

1.- Código de Comercio de 1884 (DOF-2-IV-1884). El Estado intervino en la organización y funcionamiento de las entidades bancarias al regularlas por primera vez en el Código de Comercio de 1884, Título Décimo Tercero, “De los Bancos”, estableciendo los lineamientos generales siguientes:

- a) La necesidad de autorización del Gobierno Federal para ejercer la función bancaria, y
- b) La vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Dicha normatividad quedó sin efectos cinco años más tarde, al expedirse el Código de Comercio de 1889 que en su Título XIV del Libro Segundo, “De las Instituciones de Crédito”, establecía:

Artículo 640.- “Las Instituciones de Crédito se regirán por una ley especial y mientras ésta se expide, ninguna de dichas instituciones podrá establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de

¹² MANERO Antonio, op. cit., págs 6-7

Hacienda, y sin el contrato respectivo, aprobado, en cada caso, por el Congreso de la Unión".

2.- Ley de Instituciones de Crédito de 1897 (DOF-19-III-1987). Esta fue la primera ley bancaria que representó el primer esfuerzo para estructurar un sistema financiero y la cual tenía como objetivo principal, el poner fin a la anarquía reinante en materia de billetes de bancos, al regular en todo el territorio mexicano, la autorización, establecimiento y operaciones de los bancos de emisión, los hipotecarios y los refaccionarios. Los resultados de esta ley fueron criticados, en virtud de que esta no pudo organizar el sistema justo y uniforme que se pretendía, sino al contrario dio las bases para la constitución de toda clase de privilegios y abusos, de tal manera que para el año de 1908, prácticamente la totalidad de los bancos estaban funcionando sobre bases inestables, con capitales en muchas ocasiones ficticios y con préstamos e inversiones que adolecían de la suficiente garantía y liquidez.

Esta ley estableció cuatro tipos de instituciones de crédito: Bancos de emisión, Bancos hipotecarios, Bancos refaccionarios y los Almacenes Generales de Depósito.

3.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 (DOF-16-I-1925). En esta se estableció un mayor control sobre la actividad bancaria y estableció los tipos de instituciones que integraban el sistema: Banco Único de Emisión; Comisión Monetaria; Bancos hipotecarios, Bancos industriales; Bancos de depósito y descuento; asimismo, estableció por primera vez la necesidad de vincular la función crediticia con la atención de los problemas nacionales.

4.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 (DOF-29-XI-1926). Dicho ordenamiento originó el moderno sistema bancario tendiente a incrementar la adopción del crédito, hasta comprender en él todas las actividades de producción del país, así también suprime los bancos agrícolas e industriales, y sus operaciones pasan a formar parte de los bancos refaccionarios, se adicionan las cajas de ahorro, los almacenes generales de depósito y las compañías de fianzas, asimismo, se regulan en primera ocasión los bancos de fideicomiso.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5.- Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 (DOF-29-VI-1932). Establece que los recursos provenientes de cada grupo de operaciones pasivas, debían invertirse en operaciones activas de crédito de naturaleza correspondiente a su origen, de esta manera una institución de crédito podía realizar diversas operaciones e incorporó a las instituciones de crédito estatales e igualmente reglamentó el funcionamiento de las organizaciones auxiliares de crédito.

Esta ley estableció dos tipos de bancos: las instituciones de crédito, e instituciones nacionales de crédito, conservándose, de estas últimas, el indispensable régimen de especialidad legal.

6.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 (DOF-31-V-1941). Las principales modificaciones y adiciones que tuvo este ordenamiento legal, son las siguientes: el reconocimiento a los grupos financieros en los que se reconoce a los mismos, que son el paso intermedio entre la banca especializada y la banca múltiple; el desarrollo internacional de la banca mexicana en virtud de que se permitió la posibilidad de establecer sucursales en el extranjero.

Así se pueden mencionar a las instituciones como: Bancomer, S.A., Banco Nacional de México, S.A., y a Multibanco Comermex, S.A., con base en estas reformas comenzaron a ingresar a los mercados internacionales de dinero y capitales y a la Banca Múltiple en donde se permite que una sola institución de crédito pueda otorgar a la clientela las diversas operaciones y servicios que contemplan la ley bancaria.

7.- Ley de Instituciones de Crédito de 1990 (DOF-18-VII-1990). Contiene una serie de disposiciones que van desde aspectos societarios corporativos, hasta los relacionados con la operación de la intermediación y de la distribución de funciones entre los organismos que regulan, norman y supervisan a las instituciones de crédito.

1.5. Integración del sistema bancario mexicano.

Conforme al artículo 3 de la Ley de Instituciones de Crédito, el Sistema Bancario Mexicano estará integrado por: el Banco de México, las Instituciones de Banca Múltiple, las Instituciones de Banca de Desarrollo, el Patronato de Ahorro Nacional (actualmente Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros BANSEFI), y los Fideicomisos Públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquellos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan y las Filiales de Entidades Financieras del Exterior que se constituyan como bancos múltiples o sociedades financieras de objeto limitado.

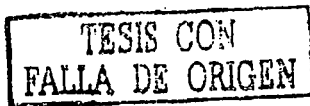
El actual sistema financiero y bancario mexicano, se refiere a los intermediarios financieros que lo integran, desde un punto de vista más amplio se puede definir, en opinión del Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez: "...como el conjunto de autoridades que lo regulan y supervisan; entidades bancarias que intervienen, captando y colocando esos recursos en el mismo público; instituciones de servicios complementarios, auxiliares o de apoyo a dichas entidades que limitan sus actividades a información sobre operaciones activas o prestar servicios bancarios con residentes en el extranjero."¹³

Conforme a tal precepto, el sistema bancario mexicano está integrado por:

- ◆ Autoridades financieras;
- ◆ Entidades bancarias;
- ◆ Instituciones de servicios complementarios, auxiliares o de apoyo a dichas entidades;
- ◆ Otras entidades.

Las autoridades del sistema bancario son las dependencias y organismos autónomos, descentralizados, y desconcentrados del Estado, a los que corresponden principalmente funciones de:

¹³ DE LA FUENTE, Rodríguez Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 65.



- Regulación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público regula la estructura y el capital de las entidades bancarias, el Banco de México las operaciones y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores la contabilidad y regulación preventiva de las instituciones;
- Supervisión, que la lleva a cabo la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; y
- Protección y defensa de los intereses del público usuario del sistema bancario que la realiza la Comisión Nacional para la protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Las entidades financieras autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para realizar el servicio de banca y crédito, son:

- Instituciones de Banca Múltiple y Banca de Desarrollo;
- Fideicomisos Públicos del Gobierno Federal y los encomendados al Banco de México;
- Sociedades Financieras de Objeto Limitado; y
- Filiales de Instituciones Financieras del Exterior organizadas como bancos múltiples o sociedades financieras de objeto limitado.

De tal manera a continuación se estudiará a los integrantes del sistema bancario mexicano, pero de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Instituciones de Crédito.

1.5.1. Banco de México.

El Banco de México, abrió sus puertas el 1 de Septiembre de 1925, fue la consumación de una aspiración largamente acariciada por el país. En fecha tan remota como 1822, durante el reinado de Agustín de Iturbide, la historia registra la presentación de un proyecto para crear una institución con la facultad para emitir billetes que se denominaría "Gran Banco del Imperio Mexicano".

El primer antecedente legal del Banco de México, como Institución Central reguladora de la circulación monetaria y del valor relativo a la unidad de cambio, lo constituye el Decreto de fecha 3 de abril del año de 1916, mediante el cual el Gobierno

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Constitucionalista creó la Comisión Monetaria. Es así como el primer paso definitivo en la legislación fundamental del Banxico tuvo su origen en el Congreso Constituyente de Querétaro de 1917, con la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal del artículo 28 Constitucional, que ordenaba la creación de un banco único de emisión, controlado por el Gobierno Federal.

Este mandato constitucional se cumplió con la Ley que crea el Banxico publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de agosto de 1925.

El Banco de México se inauguró en solemne ceremonia el 1 de septiembre de 1925, y como sociedad anónima, tuvo por objeto, entre otros: encargarse del servicio de Tesorería del Gobierno Federal y redescantar documentos de carácter genuinamente mercantil, la facultad de crear moneda, tanto mediante la acuñación de piezas metálicas como a través de la emisión de billetes, se le encargó la regulación de la circulación monetaria, de los tipos de interés y del cambio sobre el exterior, asimismo, se convirtió al nuevo órgano en agente, asesor financiero y banquero del Gobierno Federal, aunque se dejó en libertad a los bancos comerciales para asociarse o no con el Banco de México.

Una vez conseguida la aceptación del billete, se abrió el camino para que el Banco pudiera cumplir las funciones señaladas en su nueva Ley Orgánica. Estas fueron las siguientes:

- regular la circulación monetaria, la tasa de interés y los cambios sobre el exterior;
- encargarse del servicio de la Tesorería del Gobierno Federal;
- centralizar las reservas bancarias y convertirse en banco de los bancos y en prestamista de última instancia

Por Decreto publicado en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1993, se reforman los artículos 28 y 123 Apartado "B", fracción XIII Bis de la Constitución Política, en el primer artículo en comento se designa la creación de un banco central autónomo, al establecer que:

TESIS CON
FUENTE DE ORIGEN

"...El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento. No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes..."

En el párrafo sexto del artículo citado, quedó establecida la autonomía del Banco Central, lo cual viene a ser desarrollado en la nueva Ley del Banco de México, publicada en el Diario Oficial del 23 de diciembre de 1993 y en vigor a partir del primero de abril de 1994.

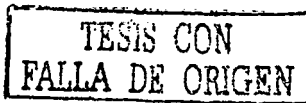
Por otro lado el artículo 123 Apartado "B", fracción XIII Bis se reformó para establecer que las relaciones laborales entre el banco y sus trabajadores continuarán regidas por lo dispuesto en tal artículo.

Para finalizar el 30 de septiembre del año de 1994, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento Interior del Banco de México, con fecha de entrada en vigor el primero de octubre de 1994

El Banco de México ha tenido en el transcurso de su existencia diversa naturaleza jurídica, en virtud de que éste nació como una sociedad anónima de participación estatal mayoritaria y posteriormente se transformó en un organismo público descentralizado. La vigente Ley del Banco de México en su artículo 1, precisa su actual naturaleza jurídica como una persona de derecho público, con carácter autónomo, en el ejercicio de sus funciones y en su administración, al describir:

"El banco central será persona de derecho público con carácter autónomo y se denominará Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta Ley, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

El artículo Quinto Transitorio de la misma Ley, indica:



“ El Banxico, organismo descentralizado del Gobierno Federal, se transforma en la nueva persona de derecho público a que se refiere esta ley y conserva la titularidad de todos los bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio del primero.. ”

De lo antes vertido se desprende que el Banco Central no forma parte de la administración pública federal.

El autor Andrés Bianchi define la autonomía del Banco Central como el cumplimiento básico: “...que en ejercicio de sus funciones el banco no reciba ni deba obedecer instrucciones del poder ejecutivo o del Congreso...”¹⁴

El Doctor Jaime F. Cárdenas García¹⁵ define a los órganos constitucionales autónomos como aquellos inmediatos y fundamentales establecidos en la Constitución y que no se adscriben claramente a ninguno de los poderes tradicionales del Estado, este mismo autor describe los principios que caracterizan o deben de caracterizar a los órganos constitucionales autónomos y que son los siguientes:

1.- La autonomía o independencia, tanto funcional como financiera, en virtud de que un órgano constitucional autónomo exige de un presupuesto, que sea una decisión constitucional, que especifique claramente las bases o el porcentaje que debe corresponderle, ya que esta es una de las garantías para su independencia.

2.- Los titulares de estos órganos deben ser propuestos por el Poder Legislativo, a través de mayorías calificadas superiores a las dos terceras partes del Congreso asimismo, tendrán que contar con las garantías o el estatuto personal de los jueces y magistrados, como lo son: selección justa e imparcial, inmovilidad, remuneración suficiente y prohibición de su revocación, designaciones escalonadas y servicio civil de carrera.

¹⁴ BIANCHI, Andrés, Principios Generales de la Independencia del Banco Central: en Testimonios sobre la actuación de la banca central, Vol. 1 CEMLA, México, D.F. 1993.

¹⁵ CÁRDENAS García, Jaime F. Una Constitución para la democracia. Propuestas para su nuevo orden constitucional, México, UNAM, 1996, págs. 224 y ss.

3.- Apoliticidad en virtud de que los órganos autónomos son órganos técnicos y no políticos.

4.- Inmunidades, los titulares de estos órganos pueden ser removidos por el señalamiento de responsabilidades, sin embargo es pertinente que cuenten con inmunidades para algunos de los actos que realicen y sean propios del ejercicio de sus funciones, así como de ciertos privilegios procesales de los que gocen los miembros del poder judicial.

5.- Responsabilidades, éstos órganos tienen la obligación de informar periódicamente de sus actividades al Congreso y a los ciudadanos.

6.- Transparencia, este aspecto se refiere a que los actos y las decisiones de éstos órganos, salvo los casos comprensibles del secreto en las investigaciones del Ministerio Público, podrán ser conocidas por cualquier ciudadano, incluyendo obviamente a los órganos del Estado.

7.- Intangibilidad, en razón de que deben de ser órganos permanentes o, por lo menos, para su derogación se debe exigir un procedimiento de reforma constitucional más reforzado que el procedimiento ordinario.

8.- Su funcionamiento interno debe estar apegado al Estado de Derecho, esto quiere decir que, será imprescindible que en las responsabilidades administrativas de los funcionarios de éstos órganos, cuenten con todas las garantías constitucionales y procesales: presunción de inocencia, oralidad, publicidad en los procesos y derecho de defensa.

El objeto de este se encuentra contemplado en el artículo 2 de la Ley del Banco de México, el cual a la letra indica:

" El Banco de México tendrá por finalidad proveer a la economía del país de moneda nacional. En la consecución de esta finalidad tendrá como objetivo prioritario procurar la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda. Serán también finalidades del Banco promover el sano desarrollo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos”.

De lo anterior se desprenden las tres finalidades primordiales del Banxico, las cuales se explicarán en forma breve:

- ❖ Proveer a la economía del país de moneda nacional, procurando la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda (billetes y piezas metálicas), en virtud de que el Banxico tiene la facultad de poder fabricar sus billetes o encargar su fabricación a terceros así como de ponerlos en circulación mediante sus operaciones autorizadas por su Ley.
- ❖ Promover el sano desarrollo del sistema financiero, esto significa asegurar el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero, y para lograr este objetivo realiza ciertas funciones como lo son: regular la intermediación y los servicios financieros; operar como acreedor de última instancia para instituciones de crédito; operar con entidades financieras; sancionar a los intermediarios y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos.
- ❖ Propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos, al respecto Banxico, para fomentar este buen funcionamiento de los sistemas de pagos, adquiere una doble función en la forma de operar de dichos sistemas; por una parte, como participante directo y por otra, como regulador. En el primero de los casos, participa directamente en el sistema de pagos suministrando los billetes y las monedas que se ponen en circulación e interviniendo en su canje.

Para el desempeño de esta función, el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece la obligación de las instituciones de crédito de llevar a cabo el canje de billetes y monedas, asimismo la de retirar las piezas que el Instituto Central determine, entendiéndose esto último como la desmonetización. Así también tiene un importante papel de vigilancia sobre la evolución del sistema de pagos para liquidar operaciones financieras y establece una infraestructura apropiada para dicho sistema, a fin de que las entidades financieras estén en posibilidad de realizar

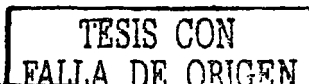
sistema, a fin de que las entidades financieras estén en posibilidad de realizar transacciones de montos cuantiosos en forma eficiente y segura. Ahora bien, en su función de regulador el Banco puede expedir disposiciones que tengan por objetivo propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos, consistentes en la prestación de servicios de transferencias de fondos a través de las instituciones de crédito y de otras empresas que los prestan de manera profesional.

- ❖ De esta manera se pueden mencionar otras funciones tradicionales del Banco Central, también contempladas en la Ley del Banco de México, como lo son: otorgar crédito a otros bancos centrales y autoridades financieras del exterior, organismos de cooperación financiera internacional o que agrupen a bancos centrales y al Instituto de Protección al Ahorro Bancario; funciona como agente financiero del Gobierno Federal en virtud de que actúa asesorando y manejando la política de endeudamiento local y externo del Gobierno Federal, siendo responsable de colocar los valores gubernamentales en el mercado de dinero; administrar la reserva internacional.

1.5.2. Instituciones de Banca Múltiple.

El establecimiento de la banca múltiple en nuestro país, consta de cuatro etapas, el profesor Miguel Acosta Romero establece que son: " ...1) La reforma un tanto limitada, a la LGICOA, para introducir el sistema, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de enero de 1975; 2) La etapa de fusiones de bancos, la mayor parte de ellas llevadas a cabo de 1976 a 1979; 3) La reforma, ya más estructural, a la LGICOA, publicada en el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1978 y en vigor a partir del 1º de enero de 1979; y 4) La etapa que será la de experiencia operativa de banca múltiple y de la emisión de numerosas reglas que, reglamentariamente, deben expedir la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, que regulen con detalle sus operaciones."¹⁶

¹⁶ ACOSTA Romero, Miguel, La Banca Múltiple, Editorial Porrúa, México, 1981, p. 211.



En la primera etapa, la estrategia política del Gobierno mexicano hacia la instauración de la banca múltiple, fue el reconocimiento de grupos financieros, como un paso previo que iniciaría la consolidación de estos mismos, este reconocimiento quedó implantado en la ley, por adición del artículo 99 bis a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Esta determinación de inducir en nuestro país el sistema de banca múltiple o universal, fue tomada mediante iniciativa de reformas a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, concretamente en los artículos 2 y 8, fracción XIII, que implantaron el sistema de banca general o bazar, conocido en México con el nombre de múltiple.

En la segunda etapa sólo se podían formar bancos múltiples por la fusión de las instituciones que estuvieran operando como bancos de depósito, financieras o sociedades de crédito hipotecario, o también de dos o más instituciones de depósito, ahorro o financieras, que tuvieran el monto de activos determinado por la secretaría de Hacienda y Crédito Público, esta reforma legal no contemplaba la posibilidad de otorgar concesiones a nuevos bancos con ésta características de ser múltiples.

Ante esta reforma, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el Diario Oficial del 18 de marzo del año de 1976, publicó unas reglas para el establecimiento y operación de estos bancos, que conjuntamente con las circulares 703, de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, y 509/76, del Banco de México, otorgaron las bases para la constitución e inicio de las operaciones a realizar por estos bancos múltiples.

En esta etapa de fusión, la banca múltiple se integró de la fusión de instituciones pequeñas, que de esta manera, mejoraron sus situación competitiva frente a los grandes grupos financieros en el sistema, un desarrollo bancario más equilibrado y un freno a las tendencias monopolíticas que se observaban en esa época.

Fue conforme a estas bases, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, fue autorizando la constitución en banca múltiple de, aproximadamente, entre el 98% y 99% de las instituciones de crédito del país, hasta el año de 1981.

En la tercera etapa, una vez que ya fueron constituidos la mayor parte de las instituciones de banca múltiple, conforme a los requisitos y la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se hizo necesaria una reforma legal a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, adicionando al título segundo, un nuevo capítulo, el séptimo, artículos 46 bis I, a 46 bis X, que regulaban más detalladamente las operaciones que prestaban este tipo de bancos.

Y por último, la cuarta etapa, consistió en la expedición de reglas generales o reglamentos que regularían las operaciones que prestarían dichas instituciones y que conforme a las múltiples necesidades de la práctica y orientaciones políticas, se iban adecuando a la realidad bancaria. Al incorporar a la legislación bancaria la posibilidad de funcionamiento de banca múltiple se consigue, que los grupos bancarios, en la conveniencia, puedan evolucionar hacia este tipo de banca y así estar en la posibilidad de lograr una mayor coordinación en sus políticas y operaciones, en mejores condiciones de eficiencia.

En base a lo anterior, se concluye que un antecedente lógico de la banca múltiple fueron los grupos financieros integrados, sin embargo, en nuestro país para la integración de los multibancos, no fue requisito indispensable que primero adoptaren la modalidad de grupo financiero, sino que su nacimiento ha surgido de la fusión de instituciones que explotaban ramos distintos (depósito, financiera e hipotecaria).

Se abandona el concepto de banca especializada para evolucionar hacia el sistema de banca múltiple, esto es, instituciones que operan los diversos instrumentos de captación de recursos, a plazos y en mercados diferentes, y que asimismo ofrezcan a los clientes servicios financieros integrados.

El artículo 8 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece:

"Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. 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 periódicos de amplia circulación del domicilio social de la institución de que se trate."

"En México, la banca universal o múltiple puede ser definida como una sociedad anónima a la que el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, le ha otorgado concesión para dedicarse al ejercicio habitual y profesional de banca y crédito en los ramos de depósito, ahorro, financiero, hipotecario, fiduciario y servicios conexos."¹⁷

Es así, conforme a la ley en mención, que las instituciones de banca múltiple son sociedades anónimas de capital fijo, autorizadas discrecionalmente por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para prestar el servicio de banca y crédito en los términos de la ley.

Este artículo señala claramente que, para la existencia legal de instituciones de banca múltiple, se requiere autorización intransmisible del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público está facultada por la ley, para decidir sobre la necesidad y exigencias del interés público y para autorizar la existencia de un banco múltiple.

Para que la Secretaría otorgue dicha autorización, se toman en cuenta los siguientes aspectos:

- * Solvencia moral;

¹⁴ *Ibidem*, p. 216

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- * Solvencia técnica y
- * Solvencia económica.

La autorización y la concesión, son actos administrativos de la autoridad, que conceden la posibilidad de que se actúe o no se actúe, según sea el caso.

La diferencia entre un acto y otro son las siguientes:

- La concesión se otorga si la actividad a la que ella se refiere, corresponde ser regulada, en atención a su naturaleza o a disposición legal expresa, por el Estado.
- La autorización es un acto mediante el cual el Estado permite que el particular realice ciertas actividades que, por su índole o porque no han sido reservadas por una ley, para el propio Estado.
- En la concesión existe una libertad de la autoridad para concederla o no, también es discrecional, en virtud de que puede o no concederla y la revocación de dicho acto es por reglamentación y discrecional.
- La autorización, esta sometida a la ley, no se trata de que la autoridad quiera o no concederla, se puede exigir el otorgamiento si se han cumplido los requisitos que establece la ley y la revocación debe ser con causa justificada.

El artículo 2 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece:

"El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:

- I. Instituciones de banca múltiple, y*
- II. Instituciones de banca de desarrollo...."*

En base a este artículo, la finalidad de estas instituciones es la de prestar el servicio de banca y crédito, y para la ley se considera este servicio como la captación de recursos del público 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 financieros de los recursos captados.

El objeto de estas instituciones se encuentra precisado en los artículos 46 y 47 de la Ley de Instituciones de Crédito, mediante los cuales se desprenden una serie de operaciones que están encomendadas a las instituciones de crédito. En resumen se establecen que son las siguientes:

1.- Crédito, en virtud de que esta es la función principal de los bancos, que es la captación de recursos del público para su colocación en el mismo público, ya que adquiere capitales a crédito, con la intención de enajenarlos a través del otorgamiento de créditos. En razón de lo anterior, se puede afirmar que la actividad crediticia es la que distingue a la banca de otros intermediarios financieros.

2.- Operaciones tradicionales, la cual se encuentra clasificada en: activas (se registran en el haber), y en opinión del Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez, define a la operación activa como: "un convenio que se establece bilateralmente entre un banco, (acreedor) que se compromete a otorgar un crédito o préstamo y un cliente, (deudor), persona física o moral que lo recibe con base en la confianza y atributos de reputación y solvencia que satisfaga las exigencias del acreedor, el cual recibirá a cambio, después de un plazo, la suma que prestó más un interés"¹⁸, pasivas (se registran en el deber) el mismo autor las define como el "convenio bilateral que se establece entre un cliente (acreedor) y un banco (deudor), otorgando el primero, la propiedad del dinero y el segundo, la disponibilidad del mismo, obligándose a restituir el débito más el pago de un interés al depositante",¹⁹ y junto a ellas están una serie de operaciones de servicios que prestan las instituciones de crédito a las que la doctrina ha llamado operaciones neutras, ya que éstas no implican concesión de crédito por ninguna de las partes, ya que las misma se registran en cuentas de orden.

Por lo que respecta a su estructura el artículo 21 de la Ley de Instituciones de Crédito señala:

¹⁸ DE LA FUENTE, Rodríguez Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros, Tomo I, op. cit., p.379.

¹⁹ *Ibidem* p. 351

"Que la administración de las instituciones de banca de múltiple estará encomendada a un consejo de administración y a un director general, en sus respectivas esferas de competencia".

El Consejo de administración estará integrado hasta por quince consejeros, el Presidente del consejo deberá elegirse de entre los propietarios y tendrá voto de calidad en caso de empate.

La duración de estas instituciones será indefinida, asimismo, deberán contar con el capital social y el capital mínimo que corresponda conforme a lo previsto por esta ley y su domicilio social estará en el territorio nacional. La escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma, deberá ser sometida a la aprobación de la Secretar^a de Hacienda y Crédito Público, una vez que sean aprobadas la escritura y sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público del Comercio sin que medie mandamiento judicial.

1.5.3. Instituciones de Banca de Desarrollo.

El término de banca de desarrollo nace a partir de la expedición de la legislación bancaria derivada del Decreto de Nacionalización de la Banca Privada del 1º de septiembre de 1982.

Tanto la primera Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983, como la segunda de 1985, establecían que el servicio público de banca y crédito sería prestado exclusivamente por el Estado, a través de las instituciones estructuradas como sociedades nacionales de crédito, las cuales fungirían como banca múltiple y banca de desarrollo, este concepto surge con el Banco de Avío en el año de 1830, y representa el fomento de un área específica por ejemplo: la industria, el comercio, el campo, etcétera.

Al igual que la Banca Múltiple, es una forma que nuestro derecho permite para prestar los servicios de banca y crédito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 30 de la Ley de Instituciones de Crédito, define a las instituciones de banca de desarrollo como:

"...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 de esta ley..."

"Son bancos dirigidos por el gobierno federal cuyo propósito es desarrollar ciertos sectores (agricultura, textil, etc.) atender y solucionar problemáticas de financiamiento regionales o municipales, o fomentar ciertas actividades (exportación, desarrollo de proveedores, creación de nuevas empresas)."²⁰

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público expedirá el reglamento orgánico de cada institución, en el que establecerá las bases conforme a las cuales se regirá su organización y el funcionamiento de sus órganos.

El reglamento orgánico y sus modificaciones deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación e inscribirse en el Registro Público del Comercio. Se establece que son entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de Sociedades Nacionales de Crédito.

Las notas distintivas de los bancos de desarrollo son:

- Conforme al artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, estas instituciones son entidades de la administración pública paraestatal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, duración indefinida, y domicilio en el territorio nacional.
- Tienen la naturaleza jurídica de sociedades nacionales de crédito, figura jurídica que no se contempla en la Ley de Sociedades Mercantiles.

²⁰ Acceso desde Internet: http://www.Condusef.gob.mx/sistema_financiero.htm

- Atenderán las actividades productivas que el Congreso de la Unión determine como especialidades de cada una de estos, en los términos de sus respectivas leyes orgánicas.
- Puede efectuar todo tipo de operaciones que realizan las instituciones de banca múltiple.
- Se le puede asignar recursos fiscales.

Para el maestro Miguel Acosta Romero, "la banca universal o múltiple puede ser definida como una sociedad anónima a la que el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, le ha otorgado autorización (a partir de julio de 1990) para dedicarse al ejercicio habitual y profesional de banca y crédito en los ramos de depósito, ahorro, financiero, hipotecario, fiduciario y servicios conexos."²¹

El prestador del servicio se crea mediante una Ley Federal, por lo cual se trata de una entidad de la administración pública federal que se desarrolla con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito, las decisiones las toma la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La forma en que el gobierno federal detenta la propiedad civil de los prestadores de este servicio, es mediante la tenencia de su capital social, que está representado por Certificados de Aportación Patrimonial, llamados CAP's.

En cuanto a la actividad de sus operaciones pasivas, activas o de servicio, este servicio de banca está limitado a determinados sectores económicos, por lo cual, no dispone de una red de sucursales, en virtud de que su objeto social es sustentar el desarrollo económico de ese sector específico. Su marco normativo está integrado por su propia ley orgánica y por la Ley de Instituciones de Crédito supletoriamente.

La finalidad de las instituciones de banca de desarrollo es fomentar el desarrollo de determinados sectores de la economía, a través de los servicios de banca y crédito

²¹ ACOSTA Romero, Miguel, Nuevo Derecho Bancario, op. cit., p. 488.

reservados para la banca múltiple, actuando de manera directa o como banca de segundo piso, en la que destina recursos a intermediarios financieros bancarios y no bancarios para que éstos a su vez los derramen al acreditado final. A este tipo de intermediarios se les asignan objetivos de tipo social, en razón de que la mayoría del capital social es propiedad del Estado.

En este modelo por lo general no se persiguen fines de lucro, es decir, no se obtienen utilidades, sin embargo, esto no debe aislarla de la disciplina que imponen los mecanismos del mercado y de que sea autofinanciable.

Algunas funciones que pueden realizar son las siguientes:

- 1.- Apoyar a la pequeña y mediana empresa,
- 2.- Desarrollar programas de fomento especiales,
- 3.- Asesorar proyectos,
- 4.- Promover el mercado de valores para canalizar recursos del sector industrial,
- 5.- Ser agente financiero del sector público en la negociación, contratación y manejo de créditos del exterior, etc.

Las sociedades nacionales de crédito en materia de crédito, actúan dentro de los plazos mediano y largo, prefiriendo los proyectos de beneficio colectivo, dentro de los instrumentos que operan tenemos: créditos directos, garante de créditos, línea de créditos, redescuento de documentos, créditos en dólares, créditos a la exportación, líneas revolventes, agente en sindicatos de crédito, y cofinanciamiento.

Las fuentes de financiamiento de las instituciones de banca de desarrollo, provienen de recursos fiscales, líneas de crédito con instituciones financieras del exterior o del país, cofinanciamiento, emisión de bonos de garantía o de desarrollo, bursatilización del crédito, mediante la constitución de fideicomisos que emiten certificados de participación, y los intereses que generan las operaciones de crédito.

Como ejemplos de estas instituciones de banca de desarrollo, en el sector industrial tenemos a: Nacional Financiera y Banobras, en el sector agrícola: Banco Nacional de Crédito Rural S.N.C. (BANRURAL) y Financiera Nacional Azucarera; y del sector de comercio y consumo a: Banco Nacional de Comercio Exterior (BANCOMEXT) y al Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S.N.C. (BANJERCITO).

1.5.3.1 Patronato del Ahorro Nacional (actualmente Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros BANSEFI)

Es una institución (Banca de Desarrollo) cuyo propósito es promover el ahorro, el financiamiento y la inversión, así como ofrecer instrumentos y servicios financieros entre los integrantes del sector. Dicho sector está conformado por las Entidades de Ahorro y Crédito popular las cuales son:

- * Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo,
- * Sociedades Financieras Populares.

El Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, Sociedad Nacional de Crédito, es una institución de Banca de Desarrollo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se rige en su organización, funcionamiento, control, objetivos y operaciones, por:

- Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.
- El decreto por el que se transforma el Patronato del Ahorro Nacional Organismo Descentralizado del Gobierno Federal, en el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, Sociedad Nacional del Crédito, Institución de Banca de Desarrollo.
- El Estatuto Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.
- Ley de Instituciones de Crédito.

El objeto de este organismo es fomentar el hábito del ahorro y el sano desarrollo del sector, canaliza apoyos financieros y técnicos para promover el desarrollo tecnológico, capacitación, asistencia técnica e incremento de la productividad. De esta manera

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BANSEFI está dedicado a atender todo lo relacionado al sector del ahorro y crédito popular.

“El Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo, tiene por objeto promover el ahorro, el financiamiento y la inversión entre los integrantes del sector del ahorro popular, ofrecer instrumentos y servicios financieros, así como canalizar apoyos financieros y técnicos necesarios para fomentar el hábito del ahorro y el sano desarrollo del sector y en general, al desarrollo económico nacional y regional del país”.²²

Cabe mencionar que BANSEFI realiza las actividades de captación de ahorro que el Patronato del Ahorro Nacional venía realizando durante muchos años, atendiendo a clientes de bajos recursos.

Este organismo realiza sus funciones con sujeción a la Ley de Instituciones de Crédito, a la Ley del Banco de México y a las demás disposiciones legales aplicables, mediante los siguientes instrumentos de captación:

- * TANDAHORRO
- * CUENTAHORRO
- * BONO DE LA SUERTE
- * CUENTA AHORRO INFANTIL
- * BONO SAR
- * BONOS DEL AHORRO NACIONAL

Existen servicios adicionales que ofrece BANSEFI como son:

- 1- Pago de transferencias desde EEUUA.
- 2- Cuentahorro INFONAVIT.
- 3- Ahorro de Grupos.
- 4- Fideicomisos.

²² Acceso desde Internet: http://www.Condusef.gob.mx/sistema_financiero.htm

1.5.4. Fideicomisos públicos para el fomento y del Banco de México.

El fideicomiso público de fomento, es definido por el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez de la siguiente manera: "es aquel contrato de naturaleza mercantil por medio del cual el Gobierno Federal, actuando a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su carácter de fideicomitente único de la administración pública centralizada, entrega a un banco de desarrollo, los recursos que han de conformar el patrimonio, mediante el cual se cumplan los fines para los que fueron proporcionados, constituyéndose en una entidad auxiliar del Ejecutivo Federal para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, contando para ello, con una estructura administrativa propia y un comité técnico".²³

Se consideran también como integrantes del sistema bancario mexicano, a los fideicomisos cuyos fines coadyuvan al desempeño de las funciones que la ley encomiende al Banco de México, o de los que constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo. (Art. 3 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Dentro de los fideicomisos públicos de fomento económico, de los que se ha beneficiado la sociedad mexicana, son: el FOMEX (Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados), FONATUR (Fondo Nacional de Fomento al Turismo), FOVI (Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda), FIRA (Fideicomisos instituidos en relación con la Agricultura), entre otros.

La justificación socioeconómica del fideicomiso público, como aparato paraestatal, se materializa cuando ciertas necesidades sociales o económicas necesitan un tipo de solución o apoyo que reúna las características siguientes:

- a) Que su utilización sea aplicable a actividades temporales, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa;
- b) Concentrar e independizar los bienes que la administración pública dispone;

²³ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de motivos, Disposiciones de la SHCP, Banxico, CNBV y ABM, Editorial Porrúa, México 2000, p.20.

c) El fin de estos debe ser principalmente de financiamiento y en algunos casos de asesoría respecto a la aplicación que debe darse a dicho financiamiento.

Los fideicomisos públicos, por sus características ya institucionalizadas, le permite al ejecutivo una solución óptima para necesidades sociales y económicas que por diversas razones no puede acometer ni de modo directo por la vía centralizada ni con un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal, es decir, el fideicomiso público es un recurso.

Sus órganos de supervisión son los siguientes:

- 1.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público,
- 2.- Comisión Nacional Bancaria y de Valores,
- 3.- Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, y
- 4.- Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados.

Dentro de los fideicomisos que agrupa la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podemos encontrar algunos ejemplos:

- ♣ Fondo Nacional de Fomento al Turismo,
- ♣ Fondo para el Desarrollo Comercial,
- ♣ Fondo Especial para Financiamiento Agropecuarios, etcétera.

Es así como los servicios y productos que ofrecen los fideicomisos públicos de fomento son en demasía de gran variedad así como de gran amplitud, pero estos siempre deberán de tener como propósito común auxiliar al Ejecutivo, a través de la realización de actividades prioritarias.

1.5.5. Sociedades Financieras de Objeto Limitado.

"Las sociedades financieras de objeto limitado (SOFOL) son las personas morales autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la CNBV y del Banco de México, para captar recursos provenientes de la colocación de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

instrumentos previamente calificados por una institución calificadoradora de valores, inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorgar créditos para determinada actividad o sector (construcción y vivienda, micro, pequeña y mediana empresa y consumo)²⁴.

Se llaman bancos especializados porque otorgan créditos solamente para un sector (por ejemplo, construcción, automotriz) o actividad (por ejemplo, consumo a través de tarjetas de crédito), sólo que en lugar de recibir depósitos para captar recursos tienen que obtener dinero mediante la colocación de valores o solicitando créditos. Su principal producto es el otorgar créditos para la adquisición de bienes específicos como carros o casas u operar tarjetas de crédito.

De entre las funciones a cargo de estas instituciones, tenemos las siguientes: otorgar una mayor especialización del sistema financiero e incrementar el nivel de competencia en el sector, diversificando y ampliando la gama de servicios financieros ofrecidos; atender aquellos sectores que no han tenido acceso a los servicios financieros de crédito ofrecidos por parte del mercado financiero formal; originar el ahorro interno como origen del financiamiento del desarrollo; apoyar el crecimiento económico, dando posibilidades de acceso al crédito en condiciones atractivas a actividades productivas y proyectos factibles.

Dentro de las operaciones que realizan estas instituciones se encuentran las pasivas, sin recibir depósitos del público sino mediante la colocación de valores, así también operaciones activas a través del otorgamiento de créditos a la actividad o sector que se señale en la respectiva autorización; y otras operaciones como son: invertir sus recursos líquidos en instrumentos de captación de entidades financieras, así como en instrumentos de deuda de fácil realización, adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto y las análogas y conexas que autorice el Banco de México.

²⁴ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros, op. cit., p. 555

1.5.6. Filiales de instituciones financieras del exterior.

Estas se encuentran reguladas en la Ley de Instituciones de Crédito, en su Capítulo III así denominado.

Con estas instituciones se abre la posibilidad para que intermediarios financieros del exterior, constituidos en los países con los que México haya celebrado tratados internacionales en virtud de los cuales se permita el establecimiento de filiales que presten servicios financieros en nuestro territorio, pero a través de empresas mexicanas constituidas conforme a nuestra legislación, a la que quedarán sujetas. De tal manera que los intermediarios del exterior deberán cumplir los mismos requisitos que se exigen a los mexicanos para establecer y operar intermediarios financieros, y algunos adicionales.

Al respecto el artículo 45 A de la Ley de Instituciones de Crédito, señala:

"Artículo 45 A.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

I.- Filial: La sociedad mexicana autorizada para organizarse y operar, conforme a esta Ley, como institución de banca múltiple o sociedad financiera de objeto limitado, y en cuyo capital participe una Institución Financiera del Exterior o una Sociedad Controladora Filial en los términos de este capítulo;

II.- Institución Financiera del Exterior: La entidad financiera 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

III.- Sociedad Controladora Filial.- La sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad controladora en los términos de la Ley para regular las Agrupaciones Financieras, y en cuyo capital participe una Institución Financiera del Exterior."

Estas son sociedades mexicanas, las cuales se organizan y operan mediante autorización otorgada de manera discrecional por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con personalidad y patrimonio propios, conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, se constituyen como sociedades anónimas, al igual que las instituciones de banca múltiple.

Las filiales de entidades financieras del exterior se registrarán por:

- Tratados o acuerdos internacionales correspondientes.
- Capítulo III de las Filiales de Instituciones Financieras del Exterior de la Ley de Instituciones de Crédito (Artículos 45 A- 45 N).
- Disposiciones contenidas en la Ley de Instituciones de Crédito aplicables a las instituciones de banca múltiple y sociedades financieras de objeto limitado.
- Reglas Para el Establecimiento de Filiales de Instituciones Financieras del exterior.

El ingreso a México a diversos foros internacionales y a la suscripción de distintos tratados con otros países, ha constituido la mecánica a través de la cual, nuestro país ha llevado a cabo la apertura financiera, de tal manera que en pocos años ha incrementado su interacción en los mercados financieros internacionales y ha adoptado una política financiera de apertura total.

De los tratados o acuerdos que México ha suscrito y que contiene acuerdos en materia financiera, son entre otros:

- ❖ Acuerdo General sobre Aranceles y Servicios (GATS).
- ❖ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).
- ❖ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

Para organizarse y operar como Filial se requiere autorización del Gobierno Federal, que otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, dichas autorizaciones serán intransmisibles. Las mismas se publicarán en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación del domicilio de la Filial de que se trate.

Las Filiales pueden realizar las mismas operaciones que las instituciones de banca múltiple o las sociedades financieras de objeto limitado según corresponda, a menos que el tratado o acuerdo internacional aplicable establezca alguna restricción.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.6. Naturaleza jurídica de la actividad bancaria.

Se ha planteado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en la legislación de varios países, la cuestión de si la actividad bancaria es o no un servicio público.

No existen antecedentes de que los autores mexicanos se hubieran preocupado en determinar si la actividad bancaria es o no un servicio público, aún cuando, desde el siglo pasado, la práctica administrativa de nuestro país y las leyes han utilizado, con mucha frecuencia, el criterio de que, para dedicarse al ejercicio de la banca y el crédito, se necesita concesión otorgada por las autoridades bancarias.

Sin embargo, como en todas las cuestiones de derecho, la doctrina, se orienta en dos direcciones, una, a considerar que es actividad de servicio público y, otro, a negar esta cuestión.

Ahora bien, previo al análisis de estas dos vertientes, considero por razones de método, revisar someramente el concepto de servicio público y después aplicarlo a la actividad bancaria, tratando de obtener mis propias conclusiones.

Abordando el tema en cuestión, estudiaré las características del servicio público, para que posteriormente analizar si la actividad bancaria tiene estas mismas y por lo tanto considerar si la actividad bancaria es un servicio público o no.

En un sentido lato, la idea de servicio público se entiende en dos formas: el que se presta no sólo a una persona sino a cualquiera que sea, esto quiere decir, al público en general; y la que el gobierno presta o concede a un particular para que este lo realice.

Técnicamente, el término servicio público se refiere a los servicios que son de interés general, es decir, de interés público y no del particular, como ejemplos puedo citar las obras públicas, como son los caminos, carreteras y puentes, que sirven para la

prestación del servicio de público de transporte de personas y cosas; la construcción de presas para el servicio colectivo de suministro de agua potable, entre otros.

A continuación se analizarán las características del servicio público, aportadas por el maestro Miguel Acosta Romero²⁵, y que son las siguientes:

1.- Es una actividad que corresponde al Estado, según el artículo 27 Constitucional, sin embargo, no toda la actividad crediticia corresponde al Estado, pero gran parte de ella la desarrolla el propio Estado, por lo menos la controla e impone las reglas sobre las cuales se va a desarrollar esta actividad.

Pienso que la importancia de un servicio público en un Estado moderno, no depende de su relación inmediata con las funciones esenciales de un Estado, sino con la naturaleza de las necesidades colectivas que satisface, estas necesidades colectivas e indispensables para el cumplimiento y fines del Estado, son precisamente las que el propio Estado determina como funciones públicas, las cuales debe tutelar y permitir quizá la explotación a los particulares pero cuidando y vigilando a través de disposiciones generales que dichas funciones públicas cumplan con su fin.

2.- Que se trata de actividades técnicas, la actividad bancaria requiere, de conocimientos y preparación, que cada día son más especializados y sofisticados y que, como principio general, la Ley exige a los funcionarios, calificación técnica y administrativa, además de honorabilidad, de donde además se necesita instalaciones especiales y equipo acorde a la naturaleza de las actividades que se desarrollen.

3.- Las concesiones, conforme a nuestro sistema legal, no son transmisibles; en consecuencia, este principio también rige esta materia.

4.- Que el régimen jurídico aplicable a la actividad bancaria es de Derecho Público, por ser el crédito una actividad que le pertenece al Estado, el sistema legal y reglamentario

²⁵ Cfr., ACOSTA Romero, Miguel, Nuevo Derecho Bancario, op. cit., p. 164.

conforme al cual debe desempeñarse debe corresponder al derecho estatal o de las cosas públicas.

5.- La actividad crediticia es considerada totalmente como actividad de orden público.

6.- Que el régimen jurídico de Derecho Público garantizan los principios de:

a) Regularidad.- El servicio crediticio, en sus aspectos activo y pasivo, está asegurado por el Estado y su operación regular, continúa, uniforme y adecuada, está garantizada por el régimen jurídico especial, aunque hay dudas sobre la obligatoriedad forzosa de ese servicio.

b) Adecuación.- El principio de adecuación o adaptación requiere de que el servicio tenga las modificaciones que exigen los cambios de situación de las necesidades colectivas.

c) Igualdad.- La igualdad requiere que no exista discriminaciones en la prestación del servicio, por razones de sexo, origen racial, etc., más no implica que no se puedan imponer requisitos para la utilización el servicio, ni cobrar remuneraciones por las prestaciones que se otorguen.

d) Continuidad.- En cuanto al principio de continuidad del servicio público, éste significa que las prestaciones pueden utilizarse con la oportunidad y reiteración que las necesidades, normalmente lo demandan.

En materia bancaria, la continuidad del servicio está asegurada por el orden legal que prohíbe a las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cerrar sus puertas y suspender sus operaciones fuera de los días señalados en el reglamento, que anualmente expide la Comisión Nacional Bancaria y en el cual, se señalan qué días del año pueden cerrar las instituciones sus puertas, lo que en nuestro modo de ver, garantiza la continuidad del servicio.

Por los razonamientos anteriormente vertidos es que puede considerarse a la actividad bancaria como un servicio público que intermitentemente ha sido prestado de manera exclusiva por las instituciones del Estado, por los particulares o ambos, en la medida en que

la forma de la prestación del servicio ha debido ajustarse a los cambios que ha motivado la conducta social, es decir, la categoría pública de un servicio no proviene de que sea el gobierno quien lo preste, sino de considerandos económicos que son el tiempo y el espacio, esencialmente cambiantes, esto desde la perspectiva del derecho comercial es que se considera a la actividad bancaria como un servicio público.

Esta actividad bancaria, es controlada y vigilada por el Estado, en razón de que es al Estado a quien le corresponde desarrollar gran parte de esta actividad, como lo es, la emisión de moneda, la política monetaria, las directrices del crédito público, la política financiera, entre otras. Dicha actividad fue considerada el siglo pasado como una cuestión comercial, sujeta a concesión, y es por ello que se empieza a considerar a la actividad bancaria como servicio público.

1.7. Servicio de banca y crédito.

Conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, el artículo 2 dispone al respecto:

"...Para efectos de lo dispuesto en la presente ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público 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 financieros de los recursos captados".

Este artículo señala como elementos esenciales y accesorios del servicio de banca y crédito, los siguientes:

- ▲ La captación de recursos del público en el mercado nacional, así el intermediario bancario se constituye en el sujeto pasivo (deudor) de una obligación crediticia, y el sujeto activo es indeterminado ya que es el público en general;
- ▲ Colocación de recursos en el público, en razón de que estos recursos son canalizados al público a plazos y montos muy diversos a los que fueron captados y mediante estas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

operaciones el banco se vuelve acreedor, ya sea directamente o por cuenta de terceros en una obligación crediticia;

El pasivo contingente son las obligaciones que adquiere el banco frente a un tercero por cuenta de un cliente determinado, el cumplimiento está sujeto a una condición suspensiva, es decir, puede suceder o no;

▲ Intermediación, en virtud de que los bancos son intermediarios en el crédito, porque utilizan en las operaciones activas, los mismos recursos que se captan en las operaciones pasivas que se realizan con el público en general.

El último párrafo del citado artículo, señala que no se consideran operaciones de banca y crédito aquellas que, en el ejercicio de las actividades que les sean propias, celebren intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito que se encuentren debidamente autorizados conforme a los ordenamientos legales aplicables. Dichos intermediarios en ningún caso podrán recibir depósitos irregulares de dinero en cuentas de cheques.

De entre los intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito, se encuentran los siguientes:

- Instituciones de seguros; que son aquellas sociedades anónimas de capital fijo o variable, autorizadas discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para obligarse mediante el pago de una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato respectivo.
- Instituciones de fianzas; que de igual manera son sociedades anónimas de capital fijo o variable autorizadas discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para otorgar fianzas a título oneroso, por medio de un contrato, que se denomina de fianza, por el que garantizan por un tercero el cumplimiento de una obligación, en caso de que éste no la cumpla.
- Organizaciones auxiliares de Crédito; son las sociedades anónimas a las que las autoridades, esto es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, tratándose de uniones de crédito, autorizan

discrecionalmente para que coadyuven al desarrollo de la actividad crediticia, representando un complemento de esta actividad en forma especializada, como lo son: los Almacenes Generales de Depósito, Uniones de Crédito, las Arrendadoras Financieras, las Empresas de Factoraje Financiero, y las Sociedades de ahorro y préstamo.

- Casas de bolsa; son empresas que ofrecen el servicio de intermediación en el mercado de valores entre aquellos que desean invertir su dinero, o bien las empresas que requieren de algún tipo de financiamiento, estas operaciones se realizan a través de instrumentos denominados valores.
- Especialistas bursátiles; son intermediarios financieros formadores de mercado, que pretenden impulsarse, al preverse que en sus funciones de intermediación puedan actuar por cuenta ajena.
- Sociedades de inversión; son empresas cuyo fin es administrar inversiones en el mercado de valores, aquí un grupo de gente profesional son quienes toman las decisiones de cómo invertir el dinero de los inversionistas, para obtener el mejor rendimiento posible de acuerdo al riesgo que se quiere tener, y
- Sociedades financieras de objeto limitado; son bancos especializados, que captan recursos mediante la colocación de valores o solicitando créditos, su principal producto es el otorgar créditos para la adquisición de bienes específicos como carros o casas u operar tarjetas de crédito.

De manera sistemática, concluyo este primer capítulo, manifestando que el hombre desde su aparición en la tierra, para su supervivencia se ha visto en la necesidad de llevar a cabo el intercambio de sus bienes, valores o servicios para satisfacer sus necesidades económicas; y fue a medida en que se desarrolló el comercio entre los hombres, que se inventa el dinero y además de éste se hace necesario contar con otros recursos o instrumentos para facilitar el intercambio de sus productos, momento en el cual surgen una serie de modalidades en las transacciones, así como las primeras instituciones bancarias, muchas de las cuales se asemejan o son iguales a las operaciones bancarias que se realizan actualmente.

Por lo tanto, es muy difícil determinar si en la antigüedad, en nuestro país hubo estrictamente actividad bancaria y si se utilizó el crédito como se conoce ahora. La actividad bancaria, como servicio público, es de suma importancia en razón de que la misma afecta hasta los últimos rincones de la sociedad, esto es, desde la economía doméstica hasta la del Estado.

A partir de que surgió el sistema bancario mexicano, conformado por las instituciones de crédito, y las autoridades de inspección y vigilancia, ha venido evolucionando no sólo para ajustarse a las diversas situaciones socioeconómicas que han venido surgiendo en el país, sino para adecuarse a las nuevas técnicas y adelantos que han surgido en materia bancaria.

Las diversas disposiciones legales en torno a la materia bancaria, se establecieron con el fin de regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario, lo anterior en razón de que dicho sistema se ha tenido que ir ajustando al desarrollo del país y como se dijo anteriormente a las distintas situaciones socioeconómicas que el mismo ha atravesado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 2

ORIGEN Y ANTECEDENTES GENERALES DEL SECRETO BANCARIO

2.1. Noción de secreto.

En este capítulo se analizará el origen así como los antecedentes de la figura jurídica en estudio.

“Secreto, aquello que se tiene reservado y oculto con celo. En el campo del Derecho aparece en diversos ámbitos. Así, se habla en primer lugar del deber de secreto que corresponde a los trabajadores, en lo que se refiere a la explotación y negocios de su patrón, a determinados profesionales (respecto de los hechos que han conocido por su profesión), o a los bancos, como gestores de los negocios de sus clientes. La infracción de tales deberes puede desencadenar responsabilidad civil e incluso penal, como el delito de descubrimiento y el de revelación de secretos. Se habla en segundo termino, del secreto de las comunicaciones —postales, telegráficas, telefónicas—, garantizado salvo resolución judicial que autorice lo contrario. Se habla asimismo de secretos oficiales para aludir a determinadas materias que, por ley, están sustraídas al principio de publicidad que debe inspirar la actuación de los órganos del Estado.²⁶

Al respecto, el maestro Víctor Manuel Nando Lefort indica: “La palabra secreto proviene del latín *sertum*, cuyo significado corresponde a lo oculto, lo ignorado, lo escondido y se deriva del verbo *secernere*, que significa segregar, separar, apartar”²⁷, esta locución hace alusión a una separación, es decir, a una cosa aislada y rodeada por obstáculos para impedir que sea conocida.

²⁶ *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

²⁷ NANDO Lefort, Víctor Manuel; *El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico*, Editorial Trillas, México, 1997, p. 83.

Gramaticalmente hablando secreto es lo que se tiene reservado y oculto, es decir, el secreto no es una cosa concreta ni una noticia, los hechos son el objeto del mismo.

Esta reserva viene a ser un por un lado, la conducta que puede ejemplificarse de la siguiente forma, es decir, la existencia de determinados hechos, circunstancias, documentos o situaciones, y por otro, el conocimiento que de ellos tiene uno o varias personas o individuos y la obligación que tienen estos mismos de no transmitir dicho conocimiento o información a terceras personas.

Dentro del ámbito jurídico se encuentran diversas clases de secretos, de entre los cuales se tiene al secreto profesional en las materias de trabajo, fiscal y procesal civil.

De igual forma, existen otros tipos de secreto como los que hay en materia financiera e incluso en la rama fiscal, como es el caso del secreto bancario, bursátil, fiduciario, de fianzas y fiscal respectivamente.

2.2. Concepto de secreto profesional.

La Deontología al tratar el problema del secreto profesional, hace una clasificación de los diversos tipos de secreto que analíticamente ha conocido para ubicar el profesional dentro de la figura del "*Secreto Commiso*", que es el que nace de la confidencia recibida después de prometer el confidente que guardará silencio.

Al respecto el maestro Rafael de Pina define al secreto profesional de la siguiente manera: "Reserva a que se encuentran obligadas determinadas personas (funcionarios, médicos, abogados, etc.) en virtud de la cual no pueden divulgar los hechos cuyo conocimiento hayan obtenido en el ejercicio de sus actividades profesionales, y que les dispensa de la obligación de prestar testimonio ante los tribunales con referencia a los mismos"²⁸.

²⁸ DE PINA Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Decimoquinta Edición, México, 1998, p. 437.

El secreto profesional está basado prácticamente en la ética profesional de quien conoce esos hechos, o situaciones, así como en las reglas de orden público que establece la sociedad para proteger la vida privada o la seguridad jurídica de los individuos que han puesto en conocimiento de esos profesionistas los hechos, circunstancias, documentos o datos.

En consecuencia, el profesional al ejercer su profesión ofrece al público, en forma tácita, una promesa de discreción, esto funciona de manera que cuando el cliente recurre al profesionista, éste cuenta con la promesa de guardar el secreto de la información que el cliente le confie al profesionista.

Es así como se tiene que este principio de reserva es más antiguo en las leyes que otros deberes del profesionista para con sus clientes. Ya se referían a la obligación de reserva Las Partidas y la Novísima Recopilación, que establecían que el delito de no guardar secreto se tuviese como probanza bastante en contra de los que lo revelaren, probándose por testigos singulares, o aunque no hubiesen dichos testigos bastaba para ello indicios y sospechas verosímiles, para que se pudiera hacer castigo respecto del oficio, como pareciera a los jueces que lo sentenciaren.

De lo vertido, se concluye que el secreto profesional es el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones de no revelar los hechos conocidos por sus clientes, en el ejercicio mismo de su profesión.

2.3. Secreto profesional en diversas leyes del país.

Ahora bien, como se comentó en párrafos anteriores el secreto profesional se encuentra contemplado en varias leyes de nuestro país, entre las cuales se tiene las siguientes:

1.- Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2590 establece al respecto:

"El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo

perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal."

Este precepto menciona las obligaciones que tiene el abogado para con su cliente, así como las responsabilidades en que incurre el profesionista si revela información o datos que causen perjuicio a su cliente.

2.- Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional (Ley de Profesiones), la misma en su artículo 36 establece al respecto:

"Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confieren por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas."

Este señala los derechos, y asimismo, las obligaciones de todo profesionista en el ejercicio de su profesión.

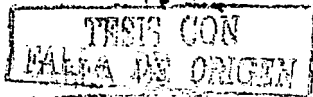
3.- Ley Federal del Trabajo, en su artículo 134 contempla al secreto profesional como una obligación de los trabajadores al establecer:

Artículo 134. Son obligaciones de los trabajadores:

*...
XIII. Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, con cuya divulgación puede causar perjuicio a la empresa."*

Este precepto maneja a la figura del secreto profesional como un nexo de confianza entre la empresa y el empleado, ya que éste al desempeñar su trabajo puede llegar a tener información de algunos conocimientos técnicos, comerciales o de fabricación propios del mismo desempeño de su trabajo.

En este mismo ordenamiento legal en su artículo 47, fracción IX establece que la revelación de esos conocimientos técnicos, comerciales y de fabricación será causa suficiente para rescindir la relación de trabajo, sin ninguna responsabilidad para el patrón.



En la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en su artículo 46, fracción V, inciso e), se encuentra de manera análoga la anterior disposición.

4.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el artículo 288 presenta la figura del secreto profesional de la siguiente forma, al indicar:

"Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a terceros, por los apremios más eficaces, para que cumplan esta obligación; y en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso .

De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deben guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados."

Este artículo exenta de la obligación de prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad, a las personas que deben guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados.

5.- Ley del Notariado para el Distrito Federal, en el artículo 31 dispone:

"Los notarios en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y están sujetos a las disposiciones del Código Penal sobre el secreto profesional, salvo los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas y los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que no hubieren intervenido en ellos y siempre que a juicio del notario tengan algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción respectiva."

Este precepto legal establece que todo notario público en ejercicio de su actividad, debe de guardar reserva de toda información que obtenga en ejercicio de la misma, salvo cuando deba proporcionar dicha información de manera obligatoria con sujeción a las leyes respectivas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6.- Código Fiscal de la Federación, en su artículo 69 establece:

"Artículo 69.- El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o los terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación.

Dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales y aquellos en que deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales federales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal o a los tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias, o en el supuesto previsto en el artículo 63 de este Código. Dicha reserva tampoco comprenderá la información relativa a los créditos fiscales exigibles de los contribuyentes, que las autoridades fiscales proporcionen a las sociedades de información crediticia que obtengan autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de conformidad con la Ley de Agrupaciones Financieras".

Como se puede apreciar, este precepto contiene la obligación del personal oficial que interviene en los trámites respectivos a la aplicación de disposiciones fiscales, de guardar reserva en lo concerniente a las declaraciones e información suministrada por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como de aquella información obtenida en las facultades de comprobación.

Asimismo, el artículo 63 del mismo ordenamiento menciona:

"Los hechos que se conozcan con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación previstas en éste Código, o en las leyes fiscales, o bien que consten en los expedientes o documentos que lleven o tengan en su poder las autoridades fiscales, así como aquellos proporcionados por otras autoridades fiscales, podrán servir para motivar las resoluciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y cualquier otra autoridad u organismo descentralizado competente en materia de contribuciones federales.

Las autoridades fiscales estarán a lo dispuesto en el párrafo anterior, sin perjuicio de su obligación de mantener la confidencialidad de la información proporcionada por terceros independientes que afecte su posición competitiva, a que se refiere el artículo 69 de este Código.

... "

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esto quiere decir que los hechos que se conozcan podrán ser utilizados para motivar las resoluciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público u otros organismos competentes en materia de contribuciones federales, observando la confidencialidad de la información obtenida y conocida.

7.- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su artículo 47, fracción IV, establece como obligación de todo servidor público de custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebida de aquéllas.

8.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el artículo 126, indica:

"Los informes que las instituciones de fianzas adquieran respecto a los solicitantes de garantías o de quienes ofrezcan contragarantías, serán estrictamente confidenciales, aún cuando se refieran a infracciones de leyes penales, y se considerarán solicitados y obtenidos con un fin legítimo y para la protección de intereses públicos, sin estar sujetos a investigación judicial".

9.- Código Penal Federal, establece al respecto en su artículo 210:

" Se impondrán de 30 a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto".

Y en su artículo 211:

"La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial".

De lo expuesto se desprende que esta legislación crea un tipo delictivo muy general al respecto, en la que puede caber la violación del secreto bancario, bursátil y fiduciario.

2.4. Origen del secreto bancario.

El ser humano siempre ha mostrado una gran inclinación hacia lo secreto, lo oculto, ya que por un lado muestra un interés por las cosas o situaciones que no conoce o no puede explicarse de manera adecuada y por otro procura ser generador de ese secreto.

En relación con el tema que me ocupa, es necesario decir que la banca tiene su cuna en los templos de la antigüedad, ya que como se comentó en párrafos anteriores, los depósitos se hacían en los templos, es así como también la función del sacerdote incluía de igual manera, la del banquero.

Toda la ruta de la historia de la banca desde, los templos religiosos de la antigüedad y las primeras legislaciones bancarias y bursátiles hasta nuestros días, han mostrado la tendencia general, o bien, común denominador, de esperar y exigir al banquero discreción total sobre los dineros y operaciones ante ellos convenidas.

Desde la antigüedad se ha tenido noticias de que los banqueros deben y han guardado secreto profesional en relación con su actividad, dando origen a lo que ahora conocemos como el secreto bancario.

En sus orígenes, los depósitos que llegaban a realizarse se hacían en los templos, lo que implicaba mantener cierta discreción de éstos, en razón de que se mantenía una estrecha relación con misterios de lo oculto, la magia, lo desconocido y la misma religión, que fueron configurando una especie de secreto profesional de entre quienes practicaban los depósitos.

En suma, no es de extrañarse que en los sistemas actuales aparezcan figuras relativas al secreto bancario, ya que ésta ha acompañado a la banca desde sus orígenes.

2.5. Concepto de secreto bancario.

A este respecto cabe mencionar que la doctrina no es uniforme para establecer un concepto de lo que se conoce como secreto bancario, ya que existen opiniones de algunos autores encontradas en cuanto a considerarlo como un deber o una obligación. En México, se encuentran definiciones de esta figura a través de los conceptos dados por algunos autores, en virtud de que la ley no se preocupó por establecer un concepto de lo que es y representa el secreto bancario.

Para el jurista Jorge Labanca el secreto bancario es: "un deber a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con que mantienen relaciones comerciales"²⁹

Por otro lado el Dr. Octavio A. Hernández, opina que el secreto bancario es: "el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados de no revelar ni directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o con motivo de la actividad a la que están dedicados"³⁰.

Juan Carlos Malagarriga define al secreto bancario como: "la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan"³¹.

Por su parte para el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez, el secreto bancario es: "el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito, sus órganos, funcionarios, empleados

²⁹ LABANCA, Jorge, El Secreto Bancario y Otros Estudios, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p.9

³⁰ HERNÁNDEZ, Octavio A, Derecho Bancario Mexicano, Tomo I, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1958, p.130

³¹ MALAGARRIGA, Juan Carlos, El Secreto Bancario, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1970, p.15

y personas en relación directa con ellas, de observar discreción sobre cualquier tipo de operaciones que celebra con los usuarios; salvo en los casos en que así lo disponga la ley de la materia, o lo faculte el mismo cliente o en los casos de excepción que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público".³²

Es así como de los conceptos dados con anterioridad por destacados profesores y autores, defino al secreto bancario como la obligación que tienen todas las instituciones de crédito así como el personal que labora en las mismas, de guardar secreto de toda la información que lleguen a obtener en ejercicio de su trabajo y que tenga relación directa con las operaciones bancarias celebradas, con la excepción de darse el caso de revelación cuando así lo disponga la ley y cumpliendo los requisitos previstos en la misma.

2.6. El secreto bancario en el derecho comparado.

Es importante afirmar que la institución del secreto bancario está reconocida en los principales sistemas jurídicos del mundo, con mayor extensión en unos como es el caso de Suiza y con menor en otros, a veces basado en los usos bancarios, otras basado en el derecho contractual y otras más en preceptos legales, a continuación se analizarán algunos de los más importantes sistemas jurídicos.

Para iniciar con esta investigación, es importante hablar primeramente del país que más relevancia tiene en cuanto a este tema de investigación se refiere.

2.6.1. En Suiza.

Los antecedentes del secreto bancario suizo, se remontan a varios siglos atrás. Su soporte vital está basado en la confianza que el sistema suizo ha alcanzado por su confiabilidad y discrecionalidad.

³² DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Grupos Financieros, op. cit., p 1280.

Lo anterior en razón de que en este país se maneja a tal institución como un derecho individual a la privacidad, el cual es un concepto básico que los países democráticos reconocen y refuerzan con garantías constitucionales.

Este principio democrático es la piedra angular de todas las libertades personales, la erosión de la privacidad a través de la supervisión gubernamental de las actividades y actitudes ciudadanas y, más recientemente, a través de procesadores de datos electrónicos en varios segmentos de la vida privada, que causa inquietud en cualquier sociedad libre.

Los capitales que llegan del extranjero a Suiza han contribuido a la prosperidad del país, consecuentemente, se crea la necesidad de asegurar ante todo, la protección y discrecionalidad de las personas depositantes, garantizando su confiabilidad.

Bajo la Constitución Suiza, la libertad individual y la propiedad privada son considerados derechos humanos indivisibles y brindan la misma protección de la ley tanto a ciudadanos suizos como extranjeros.

La divulgación de información por parte de un oficial, empleado, agente autorizado, liquidador o comisionista de un banco o como representante de la Comisión Bancaria, algún oficial de alguna reconocida compañía de arbitraje confiada a estos, o a quien trate de inducir a otros a que viole el secreto profesional, se sanciona con penas de prisión y multa según lo establecido en la Ley Bancaria.

Este ordenamiento suizo otorga la máxima prioridad a la protección de la libertad y propiedad de cada ciudadano, esta protección es para toda persona un derecho natural extensible a temas patrimoniales tanto para los suizos como para los extranjeros.

Por consiguiente toda persona que realice operaciones bancarias en Suiza se beneficia de esta protección constitucional en el ámbito patrimonial privado, esto significa que la persona es, no sólo cliente del banco, sino que goza también del beneficio de la garantía jurídica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esto en razón de que: "una de las cualidades esenciales de la mentalidad suiza es el secreto bancario, que obliga a los bancos y a sus empleados a mantener en secreto los datos personales de los clientes y su patrimonio, garantizando la protección efectiva de la esfera privada de los clientes de la banca suiza".³³

Los bancos están sujetos al severo control legal de la Comisión Bancaria Confederada, lo anterior con el objetivo de impedir abusos de la protección de la esfera privada.

El éxito de los banqueros suizos no es la casualidad, sino producto de ciertas cualidades que ofrece el sistema bancario suizo, como son:

- 1.- garantía jurídica,
- 2.- discreción,
- 3.- confianza y fiabilidad,
- 4.- comunicación y profesionalidad, y
- 5.- eficiencia.

Los suizos están conscientes de que la seguridad jurídica y el sometimiento de la propiedad privada a la protección de la Constitución, se garantizan siempre y cuando la situación patrimonial privada esté protegida contra la intromisión de personas no autorizadas.

Los intereses basados en el mantenimiento del secreto están salvaguardados gracias a la garantía legal del secreto bancario, para ser más específicos, por el secreto suizo frente a sus clientes bancarios.

El artículo 47 de la Ley Bancaria Suiza ofrece privacidad financiera a los clientes de los bancos suizos.

³³ Acceso desde Internet: <http://www.oppenheim.ch/espanol/nos/suiza.htm>

En este país existe la modalidad de las cuentas numeradas, tomándolas como una medida de seguridad adicional al servicio de los justificados intereses de discreción por parte de los clientes bancarios, en razón de que con ello se asegura que aparte del cliente, sólo una persona más, este al tanto de su situación patrimonial: el administrador de sus intereses patrimoniales, es decir, su banquero .

Es pertinente hacer notar que la protección financiera está asegurada hasta que el cliente no este cometiendo ninguna ofensiva criminal bajo las leyes suizas, como por ejemplo: lavado de dinero, tráfico de drogas etcétera.

Es necesario mencionar que el secreto bancario no es absoluto, bajo circunstancias legales específicas, persecución de criminales por ejemplo, las autoridades suizas pueden garantizar acceso a registros bancarios privados.

El secreto bancario suizo no es un derecho del banquero, sino una obligación prescrita por la ley, la violación del mismo es un delito oficial en Suiza.

Es así como el secreto bancario no es concepto exclusivamente suizo, la discreción bancaria, puede ser definida como: "una obligación profesional de los bancos para mantener en estricta confidencia los detalles de las finanzas de sus clientes y sus asuntos personales"³⁴.

Esta figura jurídica es regulada en legislaciones con diferenciación del grado en todo el mundo, sólo que en este país en particular tiene ciertas cualidades ya enunciadas que lo hacen notoriamente especial.

Otra característica más consiste, en que la violación a la confianza es sujeto de persecución criminal, el incumplimiento del secreto bancario es perseguido *ex officio* por la ley, mientras que las violaciones del secreto profesional (médicos, apoderados, etcétera) son perseguidos sólo bajo el requerimiento expreso de la parte perjudicada.

³⁴ Acceso desde Internet: Dirección electrónica: <http://www.banco.suizo.com/>

La protección del secreto bancario bajo la ley penal es de largo alcance, ya que cualquiera que divulgue un secreto confiado a él en su capacidad como representante, oficial, empleado, agente autorizado, liquidador o comisionado de un banco, como un representante de la Comisión Bancaria (cuerpo supervisor de Suiza) oficial o empleado de una compañía auditora reconocida, o cualquiera que llegue a enterarse de tal secreto, y cualquiera que intente inducir a otros a violar el secreto bancario, deben ser perseguidos por un término penal de hasta seis meses y pagar una fianza de hasta 50,000 francos suizos.

No sólo la violación deliberada e intencional de la confianza es perseguible, sino también la violación por negligencia, la cual es penada con el pago de una fianza de hasta 30,000 francos suizos, esto significa que una persona que sea sujeta a la ley del secreto bancario en cualquier momento, debe mantenerlo por el resto de su vida.

Mientras estas leyes puedan parecer estrictas, son necesarias para asegurar la confianza inherente al sistema bancario suizo.

Toda cuenta bancaria en Suiza disfruta de la protección del secreto, ya que como se ha comentado anteriormente, el banquero es reconvenido por la ley para guardar silencio sobre los bienes de sus clientes bajo el apercibimiento de penas, pago de fianzas o aún encarcelamiento decretados en la ley.

Como excepción a la revelación del secreto, tenemos que los bancos son requeridos para proporcionar a las autoridades públicas información pertinente de las cuentas de los clientes, tales revelamientos son obligatorios en acciones que involucren herencias, quiebras y colección de deudas, así como casos criminales, pero no en materia ordinaria de impuestos y cuando se violan regulaciones de cambio extranjeras.

La Asociación Suiza de Banqueros, en 1977 estableció reglas obligatorias de buena conducta en el manejo de bancos; con la firma del "Acuerdo de la Observancia del Cuidado por los Bancos en la Aceptación de Fondos y en la Práctica del Secreto Bancario", el

acuerdo alcanzado con el Banco Nacional Suizo (Banco Central Suizo), requirió que los bancos averiguaran la identidad de sus clientes en una base sistemática

El acuerdo fue extendido en octubre de 1982 por cinco años adicionales. Dicho acuerdo también prohibía a los bancos mantener cuentas de personas y compañías conocidos por el banco, como utilizadoras de sus cuentas profesionalmente con el propósito de asistir capital golondrino o evasión de impuestos (artículos 8 y 9 de Acuerdo de julio 1, 1982). También se extiende al alquiler de cajas de seguridad, requiriendo al banco rentar tales facilidades a persona, cuya honorabilidad quede fuera de duda.

Suiza es parte en varias convenciones bilaterales y multilaterales para asistencia legal con otros países, en donde tales tratados expresan que, las autoridades suizas asisten a otros países en casos criminales bajo condiciones previstas en estos tratados. Para ser perseguidos como un crimen, sin embargo, la ofensa alegada debe siempre ser considerada un crimen bajo las leyes suizas. Violaciones de políticas extranjeras de leyes monetarias e infracciones de impuestos o reglas de cambio, no son considerados crímenes bajo los términos de la legislación suiza.

La ley prohíbe a las autoridades suizas demandar clarificación o declaración de los bancos con el propósito de descubrir bienes no declarados. Las autoridades fiscales no son la excepción y la ley prohíbe a los bancos permitir el acceso a tal información. El secreto bancario se aplica igual para los extranjeros con respecto a sus depósitos en bancos suizos.

La evasión de impuestos doméstica por ejemplo - definida como la simple falla en el declarar o pagar impuestos- no es una ofensa criminal, sino una pena menor en Suiza, mientras que es un crimen en los Estados Unidos y muchos otros países. Como resultado de esto, en los casos donde las autoridades del gobierno extranjero requieran información de cuentas de bancos suizos pertenecientes a sospechosos de evasión fiscal, las autoridades competentes suizas han sido obligadas a rechazar por el hecho que ningún delito se ha cometido bajo la ley suiza.

Después de largas negociaciones, el "Tratado Suizo-Americano en Asistencia Legal en Materia Criminal" fue firmado en 1973. Este tratado contiene provisiones especiales que permiten una mayor asistencia legal, en una base caso por caso, en la persecución de miembros del crimen organizado. Mientras que reconoce la amenaza que el crimen organizado representa a cada estado constitucional, las autoridades suizas han tomado todas las precauciones para restringir la asistencia legal a aquellos casos criminales perseguibles por las leyes suizas. Puede notarse, sin embargo, que la información proporcionada por los bancos suizos puede ser usada solo para el propósito exacto y en el procedimiento para el cual ésta fue obtenida. Así una solución bien balanceada, permite una lucha efectiva contra el crimen mientras protege a ciudadanos individuales de interferencia irrazonable con su derecho a la privacidad.

En enero de 1983 un nuevo Acto Federal Suizo de Asistencia Internacional Mutua en Materia Criminal ("IMAC") fue puesto en función, extensamente basado en el Tratado Suizo Americano, este gobierna todas las formas de asistencia legal entre los Estados. La nueva legislación representa una mayor cooperación, para que la asistencia legal pueda ser garantizada en caso de fraude fiscal, donde el engaño intencional mediante el uso de documentos falsos puede ser probado.

Suiza es un Centro Tradicional de Finanzas Internacionales, pues el secreto es sino, sólo la más importante razón para el éxito como centro de finanzas internacionales.

La principal fuente del capital de los bancos suizos son los depósitos de los ciudadanos y compañías del país.

Recayendo firmemente en su base doméstica, los bancos suizos han edificado una de las instituciones más importantes a nivel mundial de flujo de capital.

Característicamente, desde mediados de los sesenta los bienes extranjeros han mostrado un crecimiento de su superávit sobre sus pasivos. En otras palabras, los bancos

suizos colocan más fondos en los mercados internacionales que en los suyos los acreedores extranjeros.

El papel de las instituciones suizas en las transacciones mundiales no puede ser realísticamente evaluado solamente en hojas de balance totales, debido a que una importante parte de su actividad no está reflejada en esta figura. Como manejadores de los fondos que le confiaron sus clientes, los tres bancos suizos más grandes son, Credit Suisse, Swiss Bank Corporation y Union Bank of Switzerland, y es en donde se encuentran los inversionistas más importantes en finanzas internacionales.

Resumiendo, las regulaciones de los bancos suizos reflejan el carácter de la gente cuyas actitudes específicas pueden remontarse a su historia y geografía. Desde su precaria posición en el corazón de Europa, Suiza ha sido capaz de retener su independencia mediante la meticulosa conformación de su política de neutralidad que fue internacionalmente reconocida desde 1815.

Debido a su fuerza y atracción, el sistema bancario suizo ha atraído clientes de todo el mundo. Pero los clientes quieren estar a salvo de la indiscreción. El secreto bancario, como ha sido practicado en Suiza, no quedándose atrás con el tiempo al encuentro de la era electrónica, es la mejor instancia contra la violación de la privacidad.

Si el secreto bancario ha sido usado en algunos casos aislados, para propósitos ilegítimos, contrario al interés público de una nación extranjera o de Suiza misma., esta distorsión de un principio justo no puede constituir una razón para sacrificar el principio mismo. Este ha servido al mundo como un valuarte en la defensa de los derechos individuales de libertad, privacidad y aún la vida misma.

Esto quiere decir, la legislación, jurisprudencia y la mayoría de los escritores legales han adaptado la extensión de su aplicación, de forma que el concepto de discreción en el campo bancario continúa siendo favorecido por una gran mayoría de votantes suizos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.6.2. En España.

Al respecto el autor Víctor Manuel Nando Lefort explica: "En España se considera al secreto bancario bajo el deber de una relación contractual, que entrelaza a la institución bancaria con el cliente o depositante".³⁵

Derivado de la relación de esta naturaleza, que une al banco con el cliente, se considera como parte del secreto profesional de acuerdo con los artículos 497, 498 y 499 del Código Penal Español.

También se considera al secreto bancario como una obligación jurídica derivada de una norma administrativo-mercantil y que se encuentra plasmado en el artículo 23 de los estatutos del Banco de España de fecha 24 de julio de 1947 y el artículo 49 de la Ley de Ordenación Bancaria.

La Ley General Tributaria de España de 28 de diciembre de 1963, excluía a los establecimientos bancarios, del deber de colaborar con la administración tributaria, posteriormente el artículo 7 del Decreto Ley del 7 de abril de 1965, modificó ese criterio con la salvedad de las cuentas corrientes a la vista.

En años posteriores, la Ley de Reforma Fiscal del 16 de noviembre de 1977, en su capítulo 17 al tratar del secreto bancario y colaboración en la gestión tributaria en su artículo 41, establece:

"Quedan plenamente sujetos al deber de colaboración a que se refiere el apartado uno del artículo 111 de la Ley General Tributaria 230 de 28 de diciembre, los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, sin que puedan exonerarse de dicha obligación al amparo de lo dispuesto en los párrafos b) y c) del citado artículo, en el artículo 49 del Código o en cualquier otra disposición".

³⁵ NANDO Lefort, Víctor Manuel, El lavado de dinero. Nuevo problema para el Campo Jurídico, op., cit. p.84

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Considerado en España principalmente como una relación contractual derivada de la naturaleza jurídica de dichos actos, en donde existe unión entre la institución bancaria y el usuario del servicio bancario.

2.6.3. En Estados Unidos.

En este país, el secreto bancario no está expresamente regulado por las disposiciones legales federales, aunque sí está reconocido por los tribunales y la doctrina y en algunas legislaciones estatales, por ejemplo en el Estado de California.

En el año de 1990, en Estados Unidos se planteó la posibilidad de abolir por lo menos en parte la figura del secreto bancario, con motivo de lo que han llamado "operaciones de lavado de dinero de narcotraficantes" mediante la Enmienda Torres que fue aprobada por la Cámara de Representantes de ese país, para obligar al Departamento de Tesoro a abolir el secreto bancario en las transacciones internacionales y castigar a las instituciones que no colaboren con las investigaciones.

En el informe se señala que los bancos de Nueva York mueven en sus transacciones internacionales unos 3000 millones de dólares por minuto, a través de lo que en el sistema bancario mundial se conoce como "Clearing House Interbank Payment Service" (CHIPS), que no es otra cosa que la utilización de los últimos adelantos de la computación, a la cual están conectados los bancos de la ciudad de Nueva York, para efectuar transacciones bancarias.

Prácticamente la regulación de la figura del secreto bancario está basada principalmente en la lucha del gobierno federal contra el delito del lavado de dinero, esta lucha se basa en dos leyes fundamentalmente, que son , la Ley de Control del Lavado de Dinero y la Ley de Secreto Bancario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La ley que nos ocupa es la del Secreto Bancario la cual es administrada por el Departamento del Tesoro y provee a los investigadores de las herramientas que le permiten dar seguimiento al dinero de origen sospechoso.

El nombre de esta ley es ciertamente engañoso porque esta ley ha reducido de manera importante el secreto bancario en este país.

Esta ley obliga a las instituciones financieras a presentar informes sobre toda transacción en efectivo mayor a los 10,000 dólares y sobre todo en relación a transacciones sospechosas.

El no presentar estos informes o tratar de dividir una transacción para evitar el informe son en sí, crímenes tipificados.

2.7. Trayectoria del secreto bancario en la legislación mexicana.

El propósito de este punto es presentar la evolución histórica del secreto bancario en la legislación mexicana desde que esta figura se hizo consistente en materia de regulación dentro de las Instituciones de Crédito, es decir, a partir de la primera Ley de Instituciones de Crédito.

Este análisis consistente en el estudio de la evolución y transformación de esta figura jurídica, va a permitir conocer mejor su funcionalidad en la actualidad.

2.7.1. Ley General de Instituciones de Crédito de 1897.

Es la primera ley de la legislación mexicana, en la cual aparece la figura del secreto bancario, tal y como se conoce en la actualidad, sin embargo se vislumbró la necesidad del sigilo que requiere el tener acceso a información calificada como delicada.

Así, al haber reglamentación en relación a las obligaciones de los Inspectores encargados por la Secretaría de Hacienda de la vigilancia de las Instituciones de Crédito, impuso la prohibición de comunicar a otro, que no fuese dicho ministerio los datos que conocieren, en el desempeño de su labor, sobre los asuntos del Banco.

El artículo 115 al respecto manifestaba:

*"Está estrictamente prohibido a los interventores...
II. Comunicar, a quien quiera que sea, datos e informes respecto de los asuntos del banco, debiendo limitarse a consignar por escrito lo que tuviere que participar a la Secretaría de Hacienda en cumplimiento de su encargo".*

Así, y de conformidad con este artículo fue que el siguiente establecía las sanciones para quienes infringieran lo preceptuado con anterioridad.

2.7.2. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924.

El legislador mexicano intenta una nueva legislación para orientar la actividad bancaria, aquí por primera vez aparece tal cual la figura del secreto bancario, al establecer en su artículo 71 lo siguiente:

"Los establecimientos bancarios no darán noticia sobre el importe de la cantidad que tengan en depósito de persona, compañía o empresa alguna, sino al depositante, a su representante legal, o a la autoridad judicial que la pidiere en virtud de providencia dictada en juicio".

Al respecto, este artículo se refiere sólo a depósitos, como se puede observar, las demás operaciones activas y neutras no quedan comprendidas en el mismo. Por otro lado, éste especifica claramente a quienes se les puede dar informes siendo importante destacar que aunque el artículo no lo dice en forma totalmente clara, la lógica jurídica indica que la información debe ser relevante para revelarse en un juicio aún cuando el depositante no sea parte o acusado.



Esta disposición se hace evidentemente aplicable a todas las instituciones de crédito y no sólo a Bancos de Depósito, sino también a los Establecimientos Bancarios, Agencias o Sucursales de la Banca Extranjera y demás establecimientos asimilados por la Ley.

Es en sí, que en esta disposición la discreción o sigilo, queda a discreción del Banco pudiendo ser obligado, para fines de inspección, sólo por un acuerdo especial, y en consecuencia esta ley incluye sanciones por la violación a dichos preceptos mencionados.

Cabe mencionar, que con la creación de la Comisión Nacional Bancaria como órgano de control y vigilancia, se reforma la ley, obviamente afectando los artículos 71 y 101 de la mencionada legislación con el fin entre otros de:

- facultar a dicho organismo para solicitar información,
- e incluso obligar a proporcionar la misma en casos de inspección,
- asimismo, se faculta a las autoridades fiscales para recabar información en los términos legales que rigen dicha actividad.

2.7.3. Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926.

En esta ley no se requiere que la orden judicial para solicitar información, provenga de un juicio, ya que la ley facultaba a cualquier interesado a recurrir a solicitar al Juez expidiera la orden de informar sin necesidad de entablar litis, quedando los textos de la siguiente manera:

"Artículo 46.- Es obligación de los Bancos de Fideicomiso no publicar ni dar informes privados acerca de las operaciones que se les hayan encomendado y que no deban tener publicidad por su propia naturaleza, sino en el caso de que por orden judicial se les prevenga que lo hagan".

"Artículo 86.- Los Bancos de Fideicomiso, en lo que no éste previsto en esta Ley, quedan sujetos a las disposiciones de la Ley General de Instituciones de crédito, con sus aclaraciones, adiciones y reformas respectivas."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.7.4. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926.

Para efectos del tema que me ocupa, esta ley no ofrece alguna novedad al respecto, en virtud de que los artículos que tratan sobre el tema sólo cambian en cuanto al número:

El artículo 142 equivale al 46 de la Ley de Bancos Fiduciarios; el 260 equivale al 71 reformado de la ley del año de 1924 y el 283 equivale al 101 reformado de la ley del año de 1924.

2.7.5. Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932.

Con la creación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se modifica la Ley Bancaria en relación al secreto bancario.

En primer lugar, resulta aplicable sólo a depósitos a la vista y sólo a instituciones de crédito dejando fuera a los organismos paralelos.

En segundo lugar, se eliminan a las Autoridades Fiscales como facultadas a solicitar la información.

En tercer lugar, y por último se elimina el secreto fiduciario.

Dicho precepto estaba redactado de la siguiente manera:

"Artículo 43.- Las Instituciones depositarias sólo darán noticias de los depósitos al depositante, a su representante legal, o a la autoridad judicial que las pidiere en virtud de providencia dictada en juicio".

En cambio dicha ley contiene dos preceptos interesantes:

Artículo 169, fracción X establece la función de la Comisión Nacional Bancaria como concentradora y proporcionadora de información sobre créditos concedidos (SENICREB).

Asimismo, el artículo 168 da la plena facultad a delegados, inspectores o visitadores de la Comisión Nacional Bancaria tener acceso a la información, quedando dicha disposición de la siguiente manera:

"Artículo 168.- Los delegados, visitadores e inspectores de la Comisión Nacional Bancaria, tendrán las facultades que ordinariamente competen a los comisarios de sociedades anónimas y podrán, por tanto, con entera libertad:

1. Tener acceso y revisar todos los libros, principales y auxiliares, de contabilidad y los demás papeles o correspondencia de las instituciones o establecimientos sometidos a su inspección".

Ahora, en la reforma del 30 de agosto de 1934, se reformó el artículo 157 disponiendo dicho precepto que la obligación del secreto contenido en el artículo 43 era también aplicable, en su caso, a las Instituciones Auxiliares que eran las Financieras, los Almacenes Generales de Depósito, las Cámaras de Compensación, Bolsas de Valores y las Uniones de Crédito.

2.7.6. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 3 de mayo de 1941.

Cabe mencionar al respecto de esta ley, que es la que se ha mantenido en vigor por largo tiempo, más de cuarenta años. En esta ley, el artículo 105 contemplaba la obligación general del sigilo, y ésta misma sale del ámbito de las instituciones y operaciones de depósito para hacerse aplicable "a las demás operaciones", al disponer:

"Las instituciones depositarias no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación; salvo cuando lo pida la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositante sea parte o acusado. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables en los términos de la Ley por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación de secreto a reparar los daños y perjuicios que se causen".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta ley sufre una reforma el 15 de junio de 1943, mediante la cual se da facultades al fisco para recabar información de los bancos para fines fiscales, pero haciéndolo a través de la Comisión Nacional Bancaria.

La última reforma que sufrió, fue el 31 de diciembre de 1973, a través de la cual se ajusta la nomenclatura de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, y al establecer que el hecho de dar información a dicha Comisión no supone violación del Secreto Bancario.

Fue en este precepto en donde se reunió la obligación de guardar secreto y la enumeración de los casos de develación entre los que se incluye la facultad de la Comisión Nacional Bancaria para solicitar informes a las instituciones de crédito, cuando ejerce sus funciones de inspección y vigilancia, quedando el mismo redactado de la siguiente manera:

"Artículo 105.- Las instituciones depositarias no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación; salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositario sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de esta Ley, por violación del secreto que se establece, y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación de secreto a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna, afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren".

2.7.7. Ley Reglamentaria del servicio Público de Banca y Crédito del 1º de enero de 1983.

Esta ley se expidió en base al artículo 28 Constitucional que con anterioridad se había incorporado como monopolio estadual el ejercicio del servicio de Banca y Crédito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como interés especial del Estado Mexicano el mantener la confianza pública en las instituciones bancarias, ya que ésta se puso en crisis en razón de la nacionalización de las mismas, la presente ley contenía un capítulo destinado a tratar "De la protección de los intereses del público". El primer artículo de este capítulo era el 39, que es una reproducción muy semejante al 105 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 3 de mayo de 1941.

En este se reafirma el hecho de que el secreto bancario es consubstancial al desempeño de la Banca, tanto que ni siquiera una acción gubernativa que saca de la esfera particular esa actividad y la asigna monopólicamente el Estado, es suficientemente para derogar el sigilo, éste acompaña a la Banca no importando quien la desempeñe; y por otro lado se enlista bajo el rubro de "Protección de los intereses del público", lo cual permite dilucidar tanto el destinatario de la norma, como el bien jurídico que se protege.

El mismo quedó redactado de la siguiente manera:

"Artículo 39.- Las sociedades nacionales de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quien tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hancendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, para fines fiscales. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten... "

Como se puede observar este precepto legal no difiere en gran medida a lo preceptuado en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito actual, ya que prohíbe

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dar informes de las operaciones bancarias celebradas por las mismas, así como hace referencia de las únicas personas que pueden solicitar informes, así como las autoridades que pueden solicitarla a través de la Comisión Nacional Bancaria y en ese entonces de seguros, y la responsabilidad de las instituciones en que incurrirían si proporcionan dicha información.

2.7.8. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985.

Esta ley contempla a la banca en un esquema más amplio que desde entonces empieza a tomar conciencia en nuestro derecho mexicano como: el Sistema Financiero Nacional.

En lo que respecta a la protección de los intereses del público, se mantienen inalterables las figuras jurídicas del secreto bancario, así como el fiduciario, mismas que hoy en día son pilares fundamentales en la confianza de los usuarios del servicio público de banca y crédito que es prestado precisamente por las instituciones bancarias.

En esta nueva ley, sólo se hicieron ajustes de nomenclatura, es decir, se designan como Instituciones de Crédito a lo que antes se designaban Sociedades Nacionales de Crédito y como servidores públicos, a los antes llamados funcionarios.

2.7.9. Ley de Instituciones de Crédito de 1990.

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial del 18 de julio de 1990.

Contiene la norma básica vigente hoy en día, y es consecuencia de la reforma Constitucional hecha con anterioridad, en el sentido de extraer a la Banca del régimen de ser un servicio público ejercido de manera exclusiva por el Estado y regresar a la posibilidad de ser ejercido por particulares.

En definitiva desaparece la mención de "servidores públicos" para convertirse en "funcionarios y empleados", término más amplio y genérico que abarca a todo el personal que labore en las instituciones de crédito privadas como aquéllas que sean múltiples o de desarrollo, y pertenezcan al sector público.

El mismo está redactado de la siguiente forma:

"Artículo 117.- Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quien tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales. Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten".

Para concluir al respecto es conveniente decir, que los actuales textos relativos al secreto bancario no son los mejores, simplemente se han ido modificando a las nuevas situaciones que ha requerido el sector bancario para que los servicios proporcionados por el mismo sea prestado de manera eficiente y con los requerimientos que actualmente necesita nuestro país, y sin duda han cumplido sus propósitos a través del tiempo.

2.7.10. Reforma a la Ley de Instituciones de Crédito de fecha 4 de junio del 2001.

Publicadas en el Diario Oficial de esta fecha y entrando en vigor a partir del día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En esta se hicieron múltiples reformas a la misma, pero en relación al tema motivo de la presente tesis, se agregó un artículo 117 bis, mediante el cual se faculta a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para proporcionar información sobre operaciones bancarias a autoridades financieras del exterior, quedando dicho texto redactado de la siguiente manera:

"Artículo 117 Bis.- La Comisión Nacional Bancaria y de Valores estará facultada para proporcionar a autoridades financieras del exterior, información sobre las operaciones y servicios previstos en el artículo 117, así como en la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, que reciba de las instituciones de crédito, siempre que tenga suscritos con dichas autoridades acuerdos de intercambio de información en los que se contemple el principio de reciprocidad, debiendo en todo caso abstenerse de proporcionar la información cuando a su juicio ésta pueda ser usada para fines distintos a los de la supervisión financiera, o bien, por causas de orden público, seguridad nacional o por cualquier otra causa prevista en los acuerdos respectivos".

Sin duda alguna, cuando nos referimos al concepto de secreto, hacemos referencia a algo que forzosamente se debe mantener oculto o pretendemos que así sea, y como se dijo anteriormente los hechos propiamente dichos son lo que constituyen dicha reserva, es por ello que en toda actividad realizada por los hombres siempre habrá situaciones que deberán de mantenerse en custodia, es así como nos adentramos a lo que hoy llamamos secreto profesional, máxime cuando se trate de actividades que denoten aspectos privados de todo individuo, y que llega a conocimiento de alguna persona que ya sea por la profesión, cargo o desempeño que la misma realice llegue a conocer en relación a otra persona por la relación de cualquier naturaleza que sea como lo es médica, económica, religiosa, económica, etcétera.

Definitivamente la figura jurídica que representa el secreto profesional, es de suma importancia para cualquier persona, aún más cuando se encuadra en situaciones económicas campo en el cual entra otra figura de no menos importancia como lo es el secreto bancario, la cual nace como una obligación de las instituciones de crédito a no proporcionar datos o informes relacionada con las operaciones que éstas practican, y como tales sujetas a la vigilancia y sanción de las autoridades correspondientes en caso de incumplimiento por parte de las mismas.

Y como se ha analizado en el cuerpo del presente trabajo de investigación, dicha institución ha sido reglamentada desde su origen, reglamentación que se ha ido adecuando a las necesidades socioeconómicas que requiere nuestro país, para el fortalecimiento del sistema bancario mexicano.

CAPITULO 3

GENERALIDADES DEL SECRETO BANCARIO

3.1. Naturaleza jurídica del secreto bancario.

Considero que la naturaleza jurídica del secreto bancario, es dual, es decir, es considerado una institución de derecho privado, pero de igual manera una institución del derecho público, lo anterior en razón de lo que el maestro Luis Manuel Méjan opina al respecto: "En tanto el Secreto Bancario regula operaciones entre comerciantes, operaciones típicamente mercantiles y regula las relaciones entre clientes y Bancos, es una institución de Derecho Privado. Por cuanto se refiere a su ejercicio por el Estado, por cuanto es una actividad vigilada por un órgano desconcentrado, por cuanto entra en la esfera competencial de algunas autoridades, por cuanto supone determinadas cargas procesales y por cuanto puede llegar a caer en la esfera de lo penal, es una institución de Derecho Público."³⁶

En consecuencia y en base a lo aportado en el párrafo inmediato anterior, se puede afirmar que: "dicha figura nace como una obligación de las instituciones de crédito relacionada con las operaciones que éstas practican con el público en general y, como tales, sujetas a la vigilancia y sanción de las autoridades correspondientes".³⁷

Lo anterior es consecuencia lógica en razón de que dicha figura lo que protege es la vida patrimonial de las personas, ya que de todos los aspectos de la vida personal del individuo, creo que el ámbito patrimonial es el aspecto de mayor relevancia.

³⁶ C. MÉJAN Luis Manuel, El Secreto Bancario, Tercera Edición, Editorial Porrúa, , México, 2000, p. 104

³⁷ MARCIA Muñoz De Alba Medrano, Sociedades de Información Crediticia: Revelación del Secreto Bancario, Acceso desde Internet: <http://info.juridicas.UNAM.mx/publica/anuario/anuar95/Muñoz.htm>

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.2. Fundamento Constitucional del secreto bancario.

En este punto se hace el análisis de la fundamentación constitucional que justifica la existencia de la figura jurídica que representa el secreto bancario.

"En la Constitución se encuentran las normas básicas para el ejercicio de la banca, la expresión, para la protección de la esfera particular de intereses y para que las autoridades puedan dictar normas y manejar el ejercicio de la banca en el país"³⁸.

Los artículos constitucionales que tienen íntima relación con la figura jurídica en cuestión y que sirven también de base para fundamentar su existencia son los artículo 6 y 7 Constitucionales, ya que estos establecen las garantías de expresión de ideas y de publicación de las mismas respectivamente.

"Se trata de instrumentos que protegen, en primer lugar, la libre expresión de ideas, entendiendo éstas como conceptos sobre el universo, la vida, los fenómenos sociales, humanos, políticos ya generales, o particulares, etcétera.

Así entendida esta garantía de manifestación de ideas, de ninguna manera involucra necesariamente la comunicación de información sobre datos concretos de las operaciones que una empresa celebre con su clientela."³⁹

El artículo 6 Constitucional establece:

"La manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado".

En íntima relación con lo anterior, el maestro Luis Manuel C. Méjan, opina: "Por ello podemos decir que ninguna Institución de Crédito o funcionario de la misma podrán alegar la inconstitucionalidad del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito con

³⁸ C. MÉJAN Luis Manuel, *Secreto Bancario*, op. cit. p.38

³⁹ Ibidem, p. 40

fundamento en el artículo sexto constitucional. En todo caso, podría revertirse el argumento señalando que si el texto constitucional garantiza la libre manifestación de ideas y por "ideas" pudiera llegar a entenderse los datos de un banco sobre su cliente, también el mismo artículo pone como límites a la libertad de expresión, el ataque a los derechos de tercero y el tercero tiene desde luego, derecho a la privacidad sobre sus operaciones..."⁴⁰

El artículo 7 Constitucional, establece lo siguiente:

"Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley o autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos".

Es decir, este artículo garantiza la libertad de escribir y publicar escrito sobre cualquier materia sin más límites que el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública, de tal manera que las instituciones de crédito pueden hacer cualquier tipo de publicaciones con la limitante de que dicha información no contenga datos particulares confidenciales de sus clientes tanto por la obligación que impone el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito como por lo dispuesto por la disposición constitucional, porque ello implicaría una violación al respeto de la vida privada.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴⁰ Idem.

3.2.1. Artículo 16 y 14 Constitucionales.

Los artículos constitucionales que son la base jurídica de dicha figura, y que son de suma trascendencia para la misma, en razón de que brindan al secreto bancario un marco de referencia, cuando exigen que cualquier privación o trastorno en el libre disfrute de la libertad y posesiones, se produzca sólo cuando una autoridad ha juzgado sobre el particular fundamentando su decisión en disposiciones legales previamente existentes, son los artículos 14 y 16 Constitucionales, que al respecto indican lo siguiente:

Artículo 16 Constitucional

Este artículo establece:

*"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.
..."*

Como se observa, éste artículo prohíbe las simples "molestias" en la propiedad, es por ello que se puede decir que una persona que ha confiado a un tercero, en este caso a una institución de crédito, la guarda de su dinero y del que recibe créditos, y se siente segura de que nadie lo molestará, y en el caso de que se llegará a divulgar información sobre su situación financiera por los bancos, esto implicaría un acto de molestia, por parte de personas ajenas que inquieran y pretendan conocer la medida de sus operaciones bancarias, y de esa manera están atentando contra ese derecho básico a la privacidad que nuestro derecho reconoce.

Al respecto el tratadista Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez opina: "Si bien es cierto que el citado texto no se desprende ni se regula en lo concerniente al denominado secreto financiero, sí protege el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

privados, que son el sustento del citado secreto, en la medida que constituye un secreto profesional⁴¹.

Artículo 14 Constitucional

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De igual manera el artículo 14 constitucional tiene relación directa al respecto, al manifestar :

“...
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.
...”

Estos dos artículos son fundamentales al respecto, ya que los dos protegen en sí, el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de los documentos privados traduciéndose en la protección de la esfera privada de vida y pertenencias, y por lo tanto esta inviolabilidad es el pilar del citado secreto, ya que en los artículos de la Constitución que consagran las garantías individuales, aparece mayoritariamente una protección a esa esfera particular privada a que tiene derecho toda persona.

Es en estos derechos donde se ubica el conocimiento del manejo económico de los bienes y de las personas y en donde debe de haber confiabilidad en el banquero por parte de los clientes que ponen en sus manos su economía financiera.

Es así como en nuestro ordenamiento legal se establecen reglas precisas sobre la obligación de preservar en absoluto secreto la información, y relacionando esta inviolabilidad a la esfera privada de las personas en razón al tema que nos ocupa, se traduce a las operaciones financieras de alguna persona física o moral.

⁴¹ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros, Tomo II, op. cit., p. 1277

3.3. Bien jurídico protegido.

Para adentrarnos a especificar cuáles son los bienes protegidos por el secreto bancario, es necesario primeramente definir que se entiende por bien jurídico, y al respecto el Diccionario Jurídico lo define como el: "Objeto de protección de las normas de derecho."⁴²

En consecuencia tenemos que cuando un interés humano se encuentra sometido a regulación del derecho, este se transforma en bien jurídico.

Consecuentemente la figura del secreto bancario sirve y protege a una gran variedad de bienes jurídicos.

"En el Secreto Bancario se conjuntan dos intereses perfectamente bien definidos:

- 1.- los intereses privados tanto de los clientes como de las instituciones de crédito, y
- 2.- el interés público del Estado".⁴³

1.- Por lo que hace al primer bien jurídico, es decir, el interés de los clientes y de las instituciones de crédito, es en virtud de que los clientes de los bancos esperan que sus operaciones y su información financiera esté confiada en profesionales capaces y totalmente discretos manteniéndose al margen de dicho secreto bancario; los bancos por su parte lo que quieren es tener la confianza de sus clientes y con ello tener en consecuencia mayor clientela en razón de la confidencialidad que el cliente desee en sus operaciones financieras.

2.- Respecto al interés público del Estado, es en el sentido de que el sistema bancario funcione con estabilidad para brindar confianza al cliente y por otra parte dicho sistema se muestre hacia el extranjero atractivo y seguro para poder atraer inversiones para que se desarrolle nuestro país.

⁴² Diccionario Jurídico 2000. [CD-ROM] [computer program on disk][cited 29 Mayo 2002].

⁴³ C. MÉJAN Luis Manuel, El Secreto Bancario, op. cit., p. 104

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Conforme lo expuesto, se concluye, que los intereses de los clientes, de las instituciones de crédito y del Estado confluyen en un sólo aspecto que es: la seguridad, misma que se traduce en el conocimiento por parte de los tres sujetos, de que sus movimientos financieros permanecerán discretos a lo cual trae aparejada la confianza para realizarlos.

Esta seguridad tiene que ver con lo patrimonial, ya que tiene directa relación con la tranquilidad que el cliente obtiene de que su vida económica se desarrolle de manera discreta y obviamente que esa discreción esté garantizada por los funcionarios bancarios y en sí en todas las personas que tengan que ver directamente con las operaciones bancarias de los clientes de las instituciones de crédito.

3.4. Finalidades del secreto bancario.

Las finalidades de esta figura jurídica, se basan en las razones que tuvo el legislador para obligar a las instituciones de crédito así como a la mayoría de las entidades financieras como: casas de bolsa, sociedades de inversión, instituciones de crédito, etc; a guardar reserva en las operaciones y servicios que prestan al público.

Para el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez, las finalidades del secreto bancario son entre otras :

“ • Para que el sistema financiero se desarrolle en forma conveniente, es indispensable establecer la confianza más amplia del público en las entidades financieras, y esta no podría existir si las mismas no conservan en secreto los intereses que el público les confía y que, en materia económica, son de enorme importancia.

Si las instituciones pudieran divulgar las operaciones que celebran con su clientela, no sólo perderían la confianza de ésta, sino que podría causarle muy serios perjuicios. Por otra parte, el banquero y el empresario bursátil para desarrollar operaciones con su clientela, necesitan conocer su verdadera situación financiera, y ésta la proporciona sabiendo que su información se guardará en forma confidencial.

- Proteger la libertad individual, la intimidad de las personas y facilitar el interés público en el ejercicio de la profesión bancaria y bursátil.

Cada uno desea que su intimidad sea preservada respecto del Estado y de los particulares. Es un aspecto que el derecho protege reconociendo a cada individuo una esfera íntima. Es necesario tener en cuenta el hecho de que acceder a ciertos servicios financieros, implica necesariamente confidencias, las cuales deben ser protegidas por la institución del secreto profesional".⁴⁴

Para el maestro Miguel Acosta Romero, el secreto bancario tiene varias finalidades fundamentales:

"1.- Resguardar el respeto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banquero, para proporcionarle algunos datos que consideran sólo son dados a conocer a su banquero por esa razón.

De lo anterior se desprende que la confianza es una de las bases fundamentales en que descansa el secreto bancario.

2.- Otra de las finalidades del secreto bancario es permitir la estabilidad de los sistemas bancarios, es decir, al haber confianza entre el público, esta proporcionará todos los datos e informes necesarios y, en consecuencia mantendrá su dinero y realizará sus operaciones con los bancos bajo el entendimiento de que estos no proporcionarán informes, ni harán públicos esos datos, en muchos casos ni siquiera a las autoridades.

Esta confianza genera que el sistema bancario pueda captar un mayor volumen de recursos, pues no existiendo confianza el público tenderá, a sacar sus depósitos y enviarlos al extranjero.

3.- Otra finalidad, que consideramos que es parte de la política monetaria de los países, es la de que el secreto bancario ha sido utilizado como un medio eficaz para atraer capitales, y de esa manera fortalecer la economía de cada país, y como parte de la estrategia política monetaria, dirigida fundamentalmente a dar garantías a los depósitos bancarios.

⁴⁴ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros, op. cit., p.p. 1280-1281.

4.- Asimismo, forma parte del sistema de captación de ahorro externo, de un determinado sistema bancario;...⁴⁵

En conclusión, la figura del secreto bancario protege el derecho de los individuos de no proporcionar información sobre sus operaciones financieras, ya que con ello se protege también la confianza del gran público en el sistema bancario de nuestro país.

“En el mundo de los negocios los bancos tienen la obligación hacia sus clientes de guardar reserva, con relación a terceros, sobre los hechos o las circunstancias que hayan llegado a su conocimiento como consecuencia de la relación existente entre el banquero y su cliente, que se fundamenta, por una parte, en la necesidad de afianzar la confianza del público en las instituciones financieras, produciendo así una mayor afluencia de capitales, y, por la otra, de naturaleza jurídica, que tiene su origen en las normas constitucionales que aseguran la inviolabilidad de los papeles privados y protegen la libertad individual.”⁴⁶

El derecho que tienen los bancos para mantener el secreto bancario, integra una categoría de derechos que se pueden calificar como derechos a la intimidad y derecho a la inviolabilidad de los documentos personales.

Esta figura echa sus raíces en la propia naturaleza del ser humano, quien tiende a conservar reservada la verdad sobre su posición económica, esto en virtud de que en todo catálogo de materias sobre las cuales el ser humano desca conservar como íntimas, aparecen siempre las cuestiones financieras.

La ética considera como una obligación que la naturaleza impone al individuo, la conservación de la información que se ha recibido en el trato con los demás, siempre que éstos no autoricen su revelación.

⁴⁵ ACOSTA Romero Miguel, Nuevo Derecho Bancario, op. cit., p. 374

⁴⁶ ZAVALA-LEIVA, Sergio, La Prensa on the Web, (bulletin board on line), 23 de agosto del 2000, Available from Internet: <http://www.laprensahn.com/opinarc/008/o23002.htm>

En este sentido, el ejercicio profesional es muy claro, en todas las actividades, el individuo esta sujeto a la obligación legal de conservar discreción en todo aquello que ha sido conocido con motivo del trabajo.

Esta figura involucra también el interés político de los Estados en la protección de la actividad financiera, en beneficio de la economía nacional. Este sigilo bancario constituye un régimen limitado exclusivamente al ámbito de las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes, e impone la obligación de confidencialidad de la misma sobre la información que aquellos le proporcionan.

La importancia del secreto bancario radica en que si el público acude a las instituciones bancarias a guardar sus ahorros, lo mínimo que tienen que hacer las mismas para compensar dicha confianza es, garantizarle a los particulares que todo lo relativo a la información que se tenga de sus operaciones, se va a manejar con discreción absoluta como lo obliga la Ley de Instituciones de Crédito.

3.5. Operaciones que protege el secreto bancario.

En este punto se estudiarán las operaciones bancarias que protege el secreto bancario, por lo tanto, el secreto profesional del banquero cubre las siguientes operaciones:

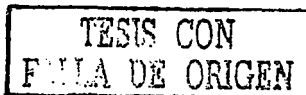
- 1.- Los depósitos,
- 2.- Créditos,
- 3.- Servicios, esto es, cualquier otro tipo de operaciones neutras, como son los servicios de caja de seguridad, fideicomisos, etcétera.

Conforme a lo expuesto, se afirma que todas las operaciones están protegidas por el secreto bancario.

La Ley de Instituciones de Crédito en el Título Tercero llamado "De las operaciones", en su Capítulo I De las reglas generales, establece en su artículo 46 las siguientes:

"Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

- I. Recibir depósitos bancarios de dinero:*
 - a) A la vista;*
 - b) Retirables en días preestablecidos;*
 - c) De ahorro, y*
 - d) A plazo o con previo aviso;*
- II. Aceptar préstamos y créditos;*
- III. Emitir bonos bancarios;*
- IV. Emitir obligaciones subordinadas;*
- V. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior;*
- VI. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos;*
- VII. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente;*
- VIII. Asumir obligaciones por cuenta de tercero, 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;*
- IX. Operar con valores en los términos de las disposiciones de la presente ley y de la Ley de Mercado de Valores;*
- X. Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas, en los términos de esta ley;*
- XI. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia;*
- XII. Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisas, incluyendo reportos sobre estas últimas;*
- XIII. Prestar servicio de cajas de seguridad;*
- XIV. Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes;*
- XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Instituciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;*
- XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos y valores y en general de documentos mercantiles;*
- XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito;*
- XVIII. Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras;*
- XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas;*
- XX. Desempeñar el cargo de albacea;*
- XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos y herencias;*
- XXII. Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito;*
- XXIII. Adquirir los bienes muebles o inmuebles necesarios para la realización de su objeto y enajenarlos cuando corresponda; y*



XXIV. Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos; y

La realización de las operaciones señaladas en esta fracción, así como el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones de las partes, se sujetarán a lo previsto por esta ley y, en lo que no se oponga a ella, por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y

XXV. Las análogas y conexas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria”.

El artículo siguiente establece que las instituciones de banca de desarrollo realizarán, además de las mencionadas, las operaciones necesarias para la adecuada atención al sector de la economía nacional y el cumplimiento de funciones y objetivos que le sean propios, conforme a las modalidades y excepciones que respecto a las previstas en esta ley u otras, determinen sus leyes orgánicas.

De acuerdo con la enumeración de las operaciones mencionadas en el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, se puede observar que se están contemplando las operaciones de captación del público que contablemente se conocen como operaciones pasivas y las operaciones activas que consisten en otorgar créditos y préstamos con el dinero captado del público, así como prestar servicios financieros aprovechando la estructura de las instituciones bancarias.

A continuación analizaré brevemente dichas operaciones, respecto de las cuales las instituciones de crédito deben de guardar reserva.

3.5.1. Operaciones pasivas. (Depósitos).

El tratadista Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez define a la operación pasiva como: “El convenio bilateral que se establece entre un cliente (acreedor) y un banco (deudor), otorgando el primero, la propiedad del dinero y el segundo, la disponibilidad del mismo, obligándose a restituir el débito más el pago de un interés al depositante”⁴⁷.

⁴⁷ DE LA FUENTE, Rodríguez Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros. Fianzas. Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Grupos Financieros, Tomo I, op. cit., p. 379.

De igual manera el mismo autor define al depósito bancario como:

"El contrato de depósito bancario, es aquel por medio del cual una persona transmite al banco la propiedad o posesión de un bien, para su guarda o custodia, o bien le transmite la propiedad de la cosa que la institución se obliga a restituir en la misma especie, el mismo bien, en las fechas convenidas".⁴⁸

El depósito es para los bancos la operación pasiva por excelencia, porque a la vez, es su principal fuente de captación de recursos del público.

El derecho común define el contrato de depósito como aquel, en virtud del cual, el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que este le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante (artículo 2516 Código Civil).

El Código de Comercio estima que es depósito mercantil si las cosas depositadas son objeto de comercio o si se efectúa como consecuencia de una operación mercantil.

El contrato de depósito es un contrato consensual, bilateral, conmutativo, mercantil, bancario y que puede ser, en esta materia, oneroso o gratuito.

Los elementos personales de dicho contrato son:

1.- Depositante o cliente:

- Persona física.
- Persona moral: Estado, municipio, sociedades, etc.

2.- Depositario: institución de crédito.

Se puede hacer una primera diferenciación de tipos de depósito bancario:

- ◆ En cuenta de cheques con fines de retiro a la vista

⁴⁸ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de motivos. Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM, Tomo 1, op. cit p. 250

- ◆ Con fines de ahorro
- ◆ Con fines de inversión
- ◆ De títulos o documentos para su conservación o administración
- ◆ De muebles, inmuebles y valores de cajas de seguridad
- ◆ De dinero como pago en consignación.

Cada uno de estos depósitos da origen a un contrato específico con sus propias características y otras particularidades que permiten distinguirlos entre sí, y en base a lo anterior se puede establecer una clasificación más estricta, desde 6 puntos de vista:

1.-Desde el punto de vista del bien depositado:

- depósito en efectivo o en títulos de crédito cobrables a la vista,
- depósito en otros bienes.

2.- Desde el punto de vista del tipo de derecho transmitido en el depósito:

- depósito traslativo de la propiedad de los bienes depositados,
- depósito traslativo sólo de posesión del bien depositado.

3.- Desde el punto de vista según su naturaleza o del bien que debe restituir el banco:

- depósito regular, debe restituir exactamente el mismo bien, y se constituye en caja, saco o sobre cerrado, que no se transfiere la propiedad al depositario y su retiro quedará sujeto a los términos y condiciones que en el contrato mismo se señalan, esto de conformidad con el artículo 268 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y como ejemplo tenemos al depósito bancario de títulos,
- depósito irregular, puede restituirse cualquier otro bien siempre que sea del mismo género, y es aquel en virtud del cual se deposita una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o moneda extranjera y se transfiere la propiedad de lo depositado a la institución depositaria, que queda obligada a restituir la cosa depositada en la misma especie, de acuerdo con el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como ejemplo tenemos a la cuenta de ahorro o de cheques.

- 4.- Desde el punto de vista de la fecha de recuperación o de su forma de retiro:
- depósito retirable a la vista,
 - depósito retirable a plazo,
 - con previo aviso,
 - o en días preestablecidos.
- 5.- Desde el punto de vista del costo que provoca el depósito:
- depósito gratuito para el banco,
 - depósito oneroso para el banco (el banco debe pagar por recibir bienes en depósito).
- 6.- En cuanto al número de depositantes:
- simple o individual,
 - colectivo: mancomunado, solidario, conjunto.

Las operaciones pasivas conforme al artículo 46, comprenden de la fracción I a la IV, y son las operaciones mediante las cuales el banco se allega de recursos:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

- a) A la vista;*
- b) Retirables en días preestablecidos;*
- c) De ahorro, y*
- d) A plazo con previo aviso.*

II. Aceptar préstamos y créditos;

III. Emitir bonos bancarios, y

IV. Emitir obligaciones subordinadas.

a) Depósito bancario a la vista.- A este se le conoce como cuenta de cheques. El cheque es un título de crédito que tiene una orden incondicional del librador al librado, de pagar a la vista la cantidad señalada, en un lugar y fecha señaladas.

El contrato de cheque es aquel mediante el cual una de las partes, institución de crédito, da su consentimiento para que la otra parte pueda disponer de la provisión con que cuenta en la propia institución, valiéndose para ello de cheques.

b) Depósito bancario retirable en días preestablecidos.- Es el contrato de depósito celebrado entre una institución de crédito y una persona física o moral de nacionalidad mexicana o extranjera, con una tasa de interés fija, en la que se podrán efectuar retiros con base al saldo existente y en los días que se pacte la apertura.

c) Depósito bancario de ahorro.- Es un depósito irregular de dinero con interés capitalizable, que celebra el depositante (persona física o moral), con una institución de crédito, el cual se comprueba con las anotaciones de abono o cargo en una libreta especial (proporcionada gratuitamente por la institución), la cual será un título ejecutivo en contra de la entidad, sin necesidad de reconocimiento de firma u otro requisito previo alguno.

d) Depósito bancario a plazo o con previo aviso.- Depósito a plazo es aquel en que se estipula que el depositante, (persona física o moral), no podrá retirar la suma depositada sino al vencimiento del plazo pactado por las partes.

Este contrato se basa en operaciones condicionadas a plazos determinados por la institución bancaria o por los pactados por las partes no menores a un día, por lo que se podrán retirar hasta que venzan dichos plazos. En estas operaciones, el cliente renuncia a disponer de la cantidad depositada hasta en tanto llegue la fecha de vencimiento pactada, en la cual se le restituirá dicha suma y se le abonarán los intereses convenidos.

II. Aceptar préstamos y créditos.- En estas operaciones las instituciones de crédito, podrán recibir préstamos documentados en pagarés con rendimiento liquidable al vencimiento; asimismo, tener acceso a créditos concedidos por el Banco de México y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario, pueden recibir apoyos preventivos para evitar problemas que se pudieran presentar.

III. Emitir bonos bancarios.- Estos son títulos de crédito emitidos en serie que incorporan una parte alícuota de un crédito constituido a cargo de un banco, los cuales pueden ser adquiridos por personas físicas o morales mexicanas o extranjeras.

Las autoridades que intervienen en la emisión son:

- 1.- Banco de México, y
- 2.- Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

IV. Emitir obligaciones subordinadas.- Estas también son títulos de crédito emitidos en serie a cargo de la institución emisora, que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo y las cuales, son pagaderas a prorrata después de cubrir sus responsabilidades y producirán acción ejecutiva respecto a la misma, previo requerimiento ante fedatario público.

3.5.2. Operaciones activas (Créditos).

La operación activa la define el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez como: "un convenio que se establece bilateralmente entre un banco, (acreedor) que se compromete a otorgar un crédito o préstamo y un cliente, (deudor) persona física o moral que lo recibe con base en la confianza y atributos de reputación y solvencia que satisfaga las exigencias del acreedor, el cual recibirá a cambio, después de un plazo, la suma que prestó más un interés".⁴⁹

El mutuo junto con los contratos de apertura de crédito son los instrumentos más importantes en la realización de las operaciones activas de los bancos.

El contrato de apertura de crédito bancario es aquel en virtud del cual el banco se obliga a poner una suma determinada de dinero a disposición del cliente, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo pueda hacer uso del crédito concedido, cuando lo desee, en la forma, términos y condiciones establecidos; quedando el cliente obligado a restituir al banco las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y, en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones,

⁴⁹ DE LA FUENTE, Rodríguez Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros, op. cit., p. 351.

gastos y comisiones que en el contrato se estipulen. (Artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por su parte el mutuo es el contrato en virtud del cual el banco se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero a su cliente, quien se obliga a devolverla, junto con los intereses estipulados, dentro del plazo convenido. (Artículo 2384 y 2393 del Código Civil).

El contrato de apertura de crédito y el mutuo tienen ciertas similitudes destacando las siguientes:

- Los dos contratos son de orden económico, en donde el banco está prestando dinero al cliente,
- Para realizar los dos contratos, el banco utiliza los recursos captados por el público, para que a su vez colocarlos entre el mismo,
- Los dos deben constar en escritura o en póliza,
- En ambos el banco queda sometido al mismo rigor de cumplimiento respecto de la adecuada colocación del riesgo, en los propios términos ya que el que presta nunca tiene la certeza de que el cliente le va a regresar el préstamo, esto desde el punto de vista de viabilidad económica del proyecto, los plazos de recuperación, montos, periodos de amortización y términos de gracia; la relación que guarden los datos financieros del acreditado tanto con la realidad del cliente como entre sí, así como la calificación administrativa y moral de los clientes, todo lo cual queda sometido a la vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria.

Por otra parte, las dos figuras en comento tienen diferencias entre sí:

- * La primera deriva de su función comercial, ya que en la apertura el banco se obliga, dentro de un cierto límite, a poner a disposición del cliente, la ocupe o no, una cierta suma de dinero u otras prestaciones conforme las vaya necesitando, quien se obliga a reintegrarla, junto con los intereses respectivos, en la medida de las disposiciones que haya hecho y de sus propias posibilidades dinerarias, la apertura de crédito le permite al cliente disponer, o no, de una suma de acuerdo con sus momentos de verdadera necesidad, aquí el

banco no entrega nada a menos que el cliente lo pida; en tanto que en el préstamo el banco se obliga a entregar al cliente una suma de dinero, quien se obliga a restituirlo en un cierto plazo junto con los intereses respectivos, esto es, se trata de una disposición única, carente de elasticidad, de una suma que se recibe y se debe restituir in rem, de manera que el banco queda obligado a entregar de inmediato, el monto autorizado.

* En la apertura el banco no presta una cantidad, sino se compromete a prestar hasta cierto monto; y en el mutuo el banco se compromete, exclusivamente a prestar una cantidad específica.

Mediante estas operaciones el banco le otorga crédito a un cliente, es decir, le esta prestando dinero, el banco está utilizando los recursos captados por el público para, que a su vez, colocarlos entre el público usuario del mismo crédito, dando origen a la operación activa por excelencia.

Esta operación debe constar por escrito en contratos que junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por el banco para ello, son títulos ejecutivos sin necesidad de reconocimiento de firma u otro requisito, como lo establece el artículo 68º de la Ley de Instituciones de Crédito.

Las operaciones activas que están protegidas por el secreto bancario y que se enumeran en el citado artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito son:

“... ”

IV. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior;

V. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos;

VI. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente;

VII. 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 la expedición de cartas de crédito; y

XXIV. Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.

“... ”

Respecto de las operaciones antes mencionadas, se comenta lo siguiente:

- ◆ Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior. Los bancos tienen depósitos en entidades del país o del exterior, con el fin de facilitar transferencias y ajustes de operaciones de valores, de fondos, empréstitos y giros, así como para dar reciprocidad a los bancos corresponsales con los que se tienen contratados una serie de servicios.

- ◆ Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos.- El descuento es la operación mediante la cual, el banco adquiere en propiedad un título de crédito no vencido, anticipando al cliente su valor, menos la comisión y los intereses respectivos en la fecha de transacción y la del vencimiento del documento.

El contrato de préstamo sólo genera obligaciones a cargo del cliente: que es devolver el dinero recibido y los intereses correspondientes en el plazo establecido.

- ◆ Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.- Esta operación se formaliza a través de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, en el cual una institución de crédito se obliga a pagar por cuenta del acreditado, las órdenes de compra de bienes y servicios que éste solicite o a otorgar al acreditado (cliente) o a las personas por él facultadas, previa firma de la solicitud y del contrato respectivo, una línea de crédito de cuenta corriente, quien puede disponer de ésta a través de un plástico representativo denominado tarjeta de crédito bancaria.

- ◆ 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 la expedición de cartas de crédito.

- En el otorgamiento de aceptaciones el banco se compromete a pagar un crédito, que conforme a la ley puede ser aceptado.

- El endoso, consiste en la orden escrita, generalmente al dorso del documento, dada por el tenedor del propio título al girado, para que éste pague su importe a la persona que indique la orden.

- Mediante el aval la institución sustenta la capacidad crediticia de determinado acreditado, mediante la promesa de pago de la obligación en caso de incumplimiento.

- Las cartas de crédito son operaciones mediante las cuales las instituciones de crédito, es decir, un banco hace una solicitud a otro banco para que dé un crédito a una tercera persona, prometiéndole pagar por ésta la cantidad que se le entregue.

◆ Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.

- El arrendamiento financiero es una operación efectuada por arrendadoras financieras o instituciones de crédito, consistente en adquirir determinados bienes que le señale el arrendatario, o adquirir bienes de éste con el compromiso de dárselos en arrendamiento, otorgándole así su uso o goce temporal y posteriormente, el derecho de adquirir la propiedad o en su defecto, celebrar otro contrato de arrendamiento financiero sobre el mismo bien cuyos pagos periódicos serán menos onerosos o bien, participar del producto de la venta del bien, según la opción por la que se incline el arrendatario y que le otorga la ley, y esta a su vez, se obliga a cumplir con las condiciones especiales que se estipulen en el contrato, así como a pagar un precio cierto y en dinero.

Desde mi punto de vista las operaciones activas no deben de estar protegidas por el secreto bancario, en virtud de que el mismo lo que busca es proteger a los usuarios de los servicios financieros, pero en el caso de las operaciones activas si es necesario saber todo lo relativo a la situación crediticia de los clientes, para saber si están cubriendo con sus préstamos, ya que sabemos que los créditos que otorgan los bancos son recursos que el mismo público deposita, y consecuentemente para que los bancos otorguen los mismos de conformidad con el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito deben observar:

- 1.- viabilidad económica de los proyectos de inversión;
- 2.- plazos de recuperación;
- 3.- situación económica de los acreditados; y

4.- calificación administrativa y moral de estos últimos.

En consecuencia las instituciones de crédito requieren tener amplia información de los clientes, para efectos de que si una persona ya sea física o moral se encuentra en cartera vencida siga obteniendo créditos, por lo consiguiente yo considero que las operaciones activas no deben de estar protegidas por el secreto bancario.

3.5.3. Operaciones neutras o servicios.

La tendencia de la banca moderna es no centrar toda su actividad en la clásica intermediación en el crédito, sino como resultado de la búsqueda de nuevas alternativas de negociación rentable, es por ello que la actividad bancaria ha ido incorporando en la ley de la materia, es decir, la Ley de Instituciones de Crédito la prestación de los servicios bancarios también llamados operaciones neutras o de gestión.

Las operaciones neutras o de gestión, las define el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez como: "el convenio celebrado entre un cliente y un banco, mediante el cual la obligación del primero será de cubrir una cantidad de dinero (comisión) y del segundo el de prestar determinados servicios, en los que la institución de crédito no aparece como deudor o acreedor y se contabilizan en su gran mayoría en cuentas de orden y los resultados como utilidades".⁵⁰

Es decir, las operaciones neutras o de servicios, son aquellas que prestan las instituciones bancarias, mediante las cuales las partes no aparecen como acreedor o deudor indistintamente, en razón de que el banco lo que percibe a cambio por otorgar un servicio a los clientes, es una comisión.

⁵⁰ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de motivos, Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM, op. cit p. 710

4.- calificación administrativa y moral de estos últimos.

En consecuencia las instituciones de crédito requieren tener amplia información de los clientes, para efectos de que si una persona ya sea física o moral se encuentra en cartera vencida siga obteniendo créditos, por lo consiguiente yo considero que las operaciones activas no deben de estar protegidas por el secreto bancario.

3.5.3. Operaciones neutras o servicios.

La tendencia de la banca moderna es no centrar toda su actividad en la clásica intermediación en el crédito, sino como resultado de la búsqueda de nuevas alternativas de negociación rentable, es por ello que la actividad bancaria ha ido incorporando en la ley de la materia, es decir, la Ley de Instituciones de Crédito la prestación de los servicios bancarios también llamados operaciones neutras o de gestión.

Las operaciones neutras o de gestión, las define el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez como: "el convenio celebrado entre un cliente y un banco, mediante el cual la obligación del primero será de cubrir una cantidad de dinero (comisión) y del segundo el de prestar determinados servicios, en los que la institución de crédito no aparece como deudor o acreedor y se contabilizan en su gran mayoría en cuentas de orden y los resultados como utilidades".⁵⁰

Es decir, las operaciones neutras o de servicios, son aquellas que prestan las instituciones bancarias, mediante las cuales las partes no aparecen como acreedor o deudor indistintamente, en razón de que el banco lo que percibe a cambio por otorgar un servicio a los clientes, es una comisión.

⁵⁰ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito. Exposición de motivos, Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM. op. cit p. 710

Conforme al artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito los bancos prestan entre otros, los servicios siguientes:

- > Prestar servicios de caja de seguridad,
- > Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; y llevar a cabo mandato y comisiones, entre otros.

A continuación, se explicarán de manera breve los anteriores servicios, aclarando por supuesto que no son todos los servicios que prestan las instituciones de crédito, más sin embargo, sólo se analizarán estos dos ejemplos mencionados.

A) El servicio de caja de seguridad, es el contrato de servicios por el cual un banco, previo pago de una anualidad, permite al cliente el uso de una caja personal (blindada) bajo llave, ubicada en una bóveda de seguridad (espacio cerrado), donde puede guardar y consultar en plena privacidad y confianza, joyas, documentos y valores en general y, que al mismo tiempo queden a salvo de algún percance como incendio, robo, pérdida o cualquier otro siniestro.

Este contrato se efectúa por períodos completos de un año, habiendo la posibilidad de renovarse pagando una anualidad por anticipado, obligándose el cliente a pagar una renta anual que se determina en base al tamaño de la caja.

El manejo de las cajas de seguridad es en base a dos cerraduras, un juego de llaves la conserva el cliente y el otro queda en poder de la institución.

En este servicio el tomador de la caja es responsable por todos los gastos, daños y perjuicios que se originen con motivo de su uso. Las condiciones generales y el contrato que para la prestación de este servicio celebren las instituciones de crédito, deberán de estipular con claridad las causas, formalidades y requisitos que se observarán para que la institución pueda proceder, ante notario público, a la apertura y desocupación de la caja, así como lo relativo a la custodia de los bienes extraídos.

B) Por lo que hace al fideicomiso, el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, define al fideicomiso en los términos siguientes:

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

El Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez amplía el concepto dado por la ley y define al fideicomiso como aquel: "contrato por medio del cual una persona física o moral (Fideicomitente), transmite a una institución bancaria o a una entidad financiera autorizada para ello, (Fiduciario), la titularidad de bienes o derechos, (salvo aquellos que conforme a las leyes sean estrictamente personales de su titular), para que dicha entidad realice un fin lícito, determinado y posible en beneficio del propio fideicomitente o de terceras personas designadas por el mismo y a quien se conoce como fideicomisarios".⁵¹

Los elementos personales del fideicomiso son:

× Fideicomitente, es la persona física o moral que por declaración unilateral de voluntad destina bienes o derechos para la consecución de un fin lícito y determinado.

× Fideicomisario, es la persona física o moral a favor de quien se establecen los beneficios del fideicomiso, sin embargo, éste será válido aunque se constituya sin señalar un fideicomisario, siempre que sea un fin lícito y determinado, y la persona que haya sido designada como fideicomisaria se encuentre viva o concebida a la muerte del fideicomitente.

× Fiduciario, es la institución que cuenta con autorización específica para llevar a cabo operaciones de fideicomiso y que es a quien se le encomienda su realización. Puede ser una institución bancaria que recibe la titularidad de los bienes o derechos del fideicomitente, con el objeto de llevar a cabo el fin establecido en el acto constitutivo.

⁵¹ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de motivos, Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM, op. cit., p. 726

Las Instituciones de crédito ejercen los derechos y acciones al cumplimiento del fideicomiso a través del delegado fiduciario.

El fideicomiso deberá constar por escrito, y cuando comprenda bienes inmuebles, estos deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, y tratándose de otros bienes, valores o derechos, en los registros correspondientes, o de acuerdo a las leyes aplicables.

El fideicomiso puede ser de distintas clases como son:

- C) Fideicomisos corporativos,
- D) Fideicomisos inmobiliarios,
- E) Fideicomisos financieros,
- F) Fideicomisos patrimoniales,
- G) Fideicomisos de prestaciones, y
- H) Fideicomisos gubernamentales.



En términos generales los fideicomisos están catalogados de la siguiente forma:

- * Fideicomisos de garantía;
- * Fideicomisos de inversión, o
- * Fideicomisos de administración.

Los fideicomisos de garantía son aquellos cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye, o bien por un tercero.

Los fideicomisos de inversión son aquellos cuyo objeto es que el fiduciario destine el patrimonio fideicomitado a la realización de operaciones económicamente rentables.

Los fideicomisos de administración son aquellos cuyo fin es que el fiduciario maneje o administre el patrimonio fideicomitado.

Para concluir sobre el tema sólo resta decir que estas operaciones de servicios, también llamadas neutras, están contempladas en la Ley de Instituciones de Crédito en su Capítulo IV denominado De los Servicios y abarca del artículo 77 al artículo 81.

El artículo 77 indica que todas las instituciones de crédito prestarán los servicios previstos en el artículo 46 del mismo ordenamiento legal citado, esto de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, además con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios.

3.6. Elementos personales.

A este respecto tenemos que los elementos personales del secreto bancario son tres:

- 1.- Los sujetos beneficiados con el sigilo,
- 2.- Los sujetos a los que les es oponible el secreto, y
- 3.- Los sujetos obligados a guardar el secreto.

3.6.1. Sujeto beneficiado con el sigilo.

Los sujetos que son beneficiados con la guarda del secreto bancario son fundamentalmente los clientes de las instituciones bancarias.

“Cliente de la banca” es quien tenga negocios con la misma, esto en relación a las operaciones que las personas realizan con los bancos.

En nuestra legislación mexicana, como una disposición relacionada con la banca de depósito, el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito se refiere al “depositante” y conforme las legislaciones han avanzado se ha añadido “deudor, titular o beneficiario o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación” para describir al sujeto beneficiado con ese sigilo.

Las adiciones antes señaladas revelan el intento del legislador de cubrir no sólo a operaciones diversas a la del depósito sino también a los "clientes" titulares de esas diversas operaciones.

En la revisión 724156. Nacional Financiera, S.A. fallada por la unanimidad el 26 de octubre de 1956 por el 2º Tribunal Colegiado del 1er Circuito se lee:

273. INSTITUCIONES DE CREDITO. INFORMES A LAS AUTORIDADES JUDICIALES. DEPOSITANTES PARA EFECTO DE LOS.

Para efectos de los informes que las instituciones de crédito deben proporcionar a las autoridades judiciales, como caso de excepción, por "depositante" debe entenderse no sólo el que realiza depósitos, sino en un sentido amplio, por igualdad de razón, todo aquel que haya realizado cualquier otra de las demás operaciones a que se refiere el Artículo 105 de la Ley.

R-724/56. NACIONAL FINANCIERA, S.A.

Fallada el 26 de octubre de 1956, por unanimidad

2º Tribunal Colegiado. 1er Circuito.

La adición a la palabra "depositante" de los conceptos de "deudor", "beneficiario", "titular", "apoderado" y "facultado" para intervenir en la operación han pretendido, sin duda cubrir todos los aspectos del cliente que se adhiere a una operación bancaria ya sea activa (el cliente será deudor); ya sea pasiva (el cliente será depositante o beneficiario); ya sea neutra (el cliente interviene en la operación).

Esta titularidad del derecho de ser beneficiario del sigilo tiene algunas consecuencias interesantes:

→ Puede otorgar la autorización para la develación, al respecto hay casos en donde al cliente y al banco mismo le interesa el que se haga pública una determinada operación, en tal caso, y para no violarse el propósito de dicha figura, se debe recabar el consentimiento del cliente para realizar dicha develación.

→ Ser el primer sabedor de que la develación se ha producido, el banco debe comunicar al cliente sobre la develación que se está produciendo.

→ Pactar sobre el secreto, porque si bien el sigilo es una obligación que implanta la ley substituyendo la voluntad del cliente, asumiendo que en tal sentido se produce ésta, el pacto entre las partes solo podría cubrir tres posibilidades: o impone las mismas obligaciones y extensión que lo que la ley establece, o se refiere a situaciones menos extensas que lo que la ley establece, o va más allá de la misma.

En cuanto al último supuesto, es difícil pensar en un caso en donde las partes pacten más exigentemente que la ley sin que con ello se deroguen las normas que rigen la develación, pero si tal caso se diera sería perfectamente válido y vinculatorio para las partes.

En conclusión, mayoritariamente quienes son los beneficiados del secreto bancario son los clientes quienes son los que reciben los servicios prestados por las instituciones de crédito, y llámese a éstos como depositante, deudor, titular, etcétera, calificativos impuestos dada la naturaleza del servicio u operación bancaria celebrada con las instituciones de crédito.

3.6.2. Sujetos a los que les es oponible el secreto.

En general debe mantenerse el secreto bancario frente a todos aquellos que no han formado parte, con su voluntad de la relación que origina una operación bancaria, los terceros aún cuando tengan interés jurídico. Esto es así porque el banco no es ninguna autoridad con facultades para discernir si el interés jurídico del tercero es legítimo y suficiente.

Por ello los terceros que alegan un interés en el conocimiento de hechos involucrados en la operación, pueden acudir a una autoridad la cual, llenando los requisitos de legalidad podrá obtener la develación .

Es conveniente aclarar que no cualquier autoridad tiene el derecho de exigir la información ni toda la información. La ley prevé que sólo las autoridades que conocen de un litigio o controversia donde el cliente es parte puede solicitar la revelación. Obvio es decir que los hechos a los que se refiera la orden deben ser materia de singular relevancia para la solución de la litis.

Sólo con las anteriores consideraciones la conducta de la autoridad será fundada y motivada requisitos sin los cuales no puede molestar a una persona según reza disposiciones constitucionales.

Lo mismo reza para las autoridades hacendarias autorizadas expresamente aunque sin el requisito de la existencia de una litis. Precisamente se exige que la solicitud pase por el tamiz de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para que esta vigile la relevancia de la información y no se use el sistema bancario como un coto de cacería de contribuyentes, lo cual seguramente desalentaría, con graves perjuicios para la economía nacional, la actividad bancaria.

En resumen, la solicitud de información que haga una autoridad no facultada por el sistema legal que rige al secreto bancario, o que, estándolo, no satisfaga los requisitos de dicho sistema, puede y debe ser denegada sin que esa oposición suponga una resistencia a la autoridad ni una desobediencia a sus mandatos. Quien obra el ejercicio de un derecho y en el cumplimiento de una obligación no puede actuar ilícitamente.

La Comisión tiene limitada su actuación a aquellas áreas que específicamente le están encomendadas, en el caso concreto, la inspección, la vigilancia y la estadística fundamentalmente, y a aquellas materias relevantes para tal propósito, las operaciones y el actuar hacia el público, y si se pretende obtener información situándose fuera de los parámetros, puede legítimamente oponerse el sigilo aun a tales autoridades pues su actuación no es lícita, y bien es sabido que en donde no hay licitud no hay derecho.

3.6.3. Sujetos obligados a guardar el secreto.

Las personas obligadas a guardar el secreto bancario son:

- 1.- empleados,
- 2.- funcionarios,
- 3.- liquidadores,
- 4.- comisarios,
- 5.- auditores externos,
- 6.- sociedades de información crediticia, y otros.

El texto que se estudia, señala que las instituciones de crédito, están obligadas a guardar el secreto bancario, sin embargo una persona moral no puede actuar más que por intermedio de sus órganos, compuestos obviamente por todas las personas antes mencionadas como los empleados, auditores, funcionarios, etcétera, por lo tanto la discreción es consustancial con los negocios bancarios, y el silencio sobre las operaciones de los clientes es un derecho de éstos y un deber de las entidades, tanto ética como jurídicamente.

Por otro lado, también es importante comentar que existen personas facultadas directamente por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito para solicitar informes respecto del secreto bancario y son:

- 1.- Depositante, que tiene el derecho a la información sobre el depósito en dinero o en títulos valores.
- 2.- Deudor de la institución, ya que el banco tiene la obligación en todo momento de responder a las peticiones de información sobre el estado de la deuda de un cliente.
- 3.- Titular de una operación, como por ejemplo en una operación de servicio, es decir en un fideicomiso.
- 4.- Beneficiarios, cuando se han designado expresamente beneficiarios, estos tendrán derecho a solicitar información al banco sobre la cuenta o cuentas de las cuales tiene ese carácter, únicamente cuando muera el titular.

5.- Representantes legales o mandatarios, estos tienen derecho a ser informados en la medida en que son mandatarios y pueden prevalerse de poderes de representación.

6.- Personas autorizadas por el titular para intervenir en la cuenta o en la operación o servicio, para efectos de hacer disposiciones de dinero, bastando para ello la autorización firmada en los registros especiales que lleve la institución.

7.- Autoridades, existen determinadas autoridades que están facultadas igualmente para solicitar directamente de la institución información a las instituciones de crédito, las cuales se analizan de manera específica en nuestro siguiente capítulo.

3.7. Responsabilidades por violación del secreto bancario.

El concepto de responsabilidad ha sido objeto de muchas controversias entre juristas. La voz responsabilidad proviene de responderé que significa, *inter alia*: "prometer", "merecer", "pagar". Así, "*responsalis*" significa: "el que responde" (fiador). En un sentido más restringido "*responsum*" ("responsable") significa: "el obligado a responder de algo o de alguien". "*Respondere*" se encuentra estrechamente relacionado con "*spondere*" la expresión solemne en la forma de *stipulatio*, por la cual alguien asumía una obligación, así como "*sponsio*", palabra que designa la forma más antigua de obligación.

La palabra "responsabilidad", "que recoge la dogmática jurídica es cuando un individuo es responsable, cuando de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado (H. Kelsen)".⁵²

En este sentido la responsabilidad presupone un deber del cual debe responder el individuo.

Así como las normas rectoras de la figura del secreto bancario no se encuentran concentradas en un solo cuerpo legal, así también la ley contempla las sanciones para quienes violen el secreto, mismas que de igual manera se encuentran en diversas leyes de nuestro país.

⁵² Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2000

Las sanciones que resultan de la violación del secreto inherente a los servicios profesionales que las entidades prestan al público son de cuatro tipos:

- 1.- penales,
- 2.- laborales,
- 3.- administrativas,
- 4.- civiles.

3.7.1. Sanciones penales.

La legislación bancaria indica que los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables por la violación del secreto que se establece, (artículo 117) tanto civilmente como por las responsabilidades penales procedentes (artículo 118).

A diferencia de otros países, en México no existe el delito de "Violación al Secreto Bancario" sino que la conducta en cuestión se rige por la codificación penal común que contiene la figura llamada Revelación del Secreto.

Por otro lado antes de iniciar el análisis del tipo penal en cuestión, conviene despejar la incógnita relativa a cuál Código Penal deberá recurrirse: ¿ al del Distrito Federal o al de la Entidad Federativa donde se produjo la revelación ilícita?

Al respecto el artículo 1 del Código Penal para el Distrito Federal dispone que éste se aplicará en toda la República por los delitos de la competencia de los tribunales federales.

El artículo 104 de la Constitución indica que corresponde a los tribunales de la Federación conocer todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales, así también señala que cuando la controversia afecte a solamente intereses particulares podrá concurrentemente fijarse competencia a tribunales locales o federales.

El secreto bancario, está regulado por una ley federal, en razón de que la Constitución otorga al Congreso la facultad exclusiva de legislar en materia de instituciones de crédito.

En la guarda del secreto bancario, cuando se de la revelación que no haya sido autorizada por el cliente, se afecta su interés, que como ya se estudió anteriormente, es el bien jurídico tutelado por dicha figura. Por otra parte existe un interés público relacionado con la confianza que la discreción de la banca ofrece a la sociedad y que hace a esta usar el sistema bancario, pilar fundamental en la economía nacional.

En suma, cabe citar a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que establece al respecto:

"Artículo 51.-...

Son delitos de orden Federal:

- a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados.*
- f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal con motivo de sus funciones.*
- h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado.*
- i) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación".*

Es así como tenemos que el inciso a) se refiere a los delitos previstos en leyes federales, y la Ley de Instituciones de Crédito es una ley federal que, si bien no crea el delito, sí habla de sancionar en términos legales, y en el caso de secreto fiduciario cita expresamente la responsabilidad penal.

El inciso f) habla de la competencia federal cuando se trata de empleados de la banca que se ejerce por el Estado, caso en específico de la Banca de Desarrollo.

En relación al inciso f) es un hecho que la banca es referida por la Constitución como "servicio" (artículo 73) y se ejercita por autorización, lo que hace se esta ante la presencia del inciso en comento.

TESI CON
FALLA DE ORIGEN

Por último y en relación al inciso j) cabe decir que la revelación de un secreto derivado de operaciones bancarias ataca a la seguridad de la operación bancaria respecto de la cual sólo la Federación está facultada a legislar y vigilar .

Con lo anteriormente vertido comenta el autor Luis Manuel C. Meján: "debe concluirse la aplicabilidad de la figura delictiva contenida en el Código Penal para el Distrito Federal, sin dejar de reconocer que un Ministerio Público local podría considerarse facultado para ejercer acción penal basada en un tipo delictivo de su entidad federativa. El punto tendría que ser resuelto por las autoridades judiciales".⁵³

Ahora bien, el tipo penal en cuestión está contenido en el artículo 213 del Código Penal para el Distrito Federal y se compone de los siguientes elementos:

- A) La revelación, es decir dar a conocer un hecho a una o varias personas que desconocían el mismo y que no se encontraban legitimadas a tener acceso a dicha información.
- B) De algún secreto o comunicación reservada, la materia de la información debe ser confidencial.
- C) Que se conoce o que se ha recibido con motivo del empleo, cargo o puesto, es decir que debe existir un nexo entre la información y el trabajo que desempeña el sujeto activo de tal manera que la revelación no solo moleste al titular del derecho sino que además violente la seriedad y la ética del trabajo desempeñado.
- D) Sin justa causa, es decir que no se hayan cubierto los extremos legales del artículo 117º de la Ley de Instituciones de Crédito para que se pueda producir la revelación.
- E) Con perjuicio de alguien, esto es que se produzca el daño, lo cual convierte al delito de resultado que excluye la posibilidad de tentativa, el perjuicio puede ser patrimonial, moral o de otra índole.
- F) Sin consentimiento del que pueda ser perjudicado.

La simple violación daña al sistema bancario, a su credibilidad.

⁵³ C. MEJAN, Luis Manuel, El Secreto Bancario, op. cit., p. 121.

Cabe mencionar que la penalidad del tipo se da en jornadas de trabajo a favor de la comunidad, y por consiguiente este tipo de sanciones se pueden denominar también como sanciones sociales. La penalidad se agrava cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público.

Artículo 211 del Código Penal Federal establece:

"La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial. En este caso, en el empleado o en el funcionario recae la responsabilidad penal".

Esto es importante porque un sector de los empleados bancarios están sujetos a la reglamentación del apartado B del artículo 123 de la Ley Federal del Trabajo y son calificados como servidores públicos.

Por último, para esa categoría de empleados bancarios servidores públicos, cabe recordar que una violación al secreto bancario podría encuadrar en los supuestos tipificados en los delitos del Ejercicio Indebido de un Servicio Público y Ejercicio Abusivo de funciones en cuyo caso las sanciones previstas por los mismos constituirán sanciones penales adicionales.

Por último la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 112 bis, dispone lo siguiente:

"Se sancionará con prisión de tres a nueve años y de treinta a mil trescientos mil días multa, al que:

...

...IV. Obtenga o use indebidamente la información sobre clientes u operaciones del sistema bancario, y sin contar con la autorización correspondiente.

La pena que corresponda podrá aumentarse hasta en una mitad más, si quien realice cualquiera de las conductas señaladas en las fracciones anteriores tiene el carácter de consejero, funcionario o empleado de cualquier institución de crédito".

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Estas sanciones que se derivan de las disposiciones de este ordenamiento legal se dan cuando suponen que la develación, para efectos penales se produzca a petición que se haga a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

3.7.2. Sanciones laborales.

Cabe mencionar al respecto que más que sanciones propiamente dichas, la ley laboral mexicana contiene artículos que disponen la obligación de discreción cuya violación acarrea una causa de rescisión del contrato laboral.

El Artículo 134 de la Ley Federal del Trabajo señala las obligaciones de los trabajadores y la fracción XIII dispone :

"Guardar escrupulosamente los secretos técnicos comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación puede causar prejuicios a la empresa".

Por su parte el artículo 47 de la misma establece que es causa de rescisión de la relación del trabajo sin responsabilidad para el patrón, en su fracción XI:

"Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa".

A su vez, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, contiene las mismas disposiciones, el artículo 44, fracción IV impone la obligación de guardar reserva de los asuntos que lleguen a conocer con motivo de su trabajo; y el artículo 46 considera como causa grave de cese el revelar tales secretos.

La fracción XV del artículo 47 de la Ley Laboral también contempla como causa de rescisión otras "faltas graves".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es así como la violación del secreto es en sí una causa grave, pues implica la comisión de un ilícito del trabajador.

Los reglamentos interiores de trabajo de las instituciones de crédito normalmente contienen para sus empleados la obligación de guardar el sigilo, la sanción impuesta a los empleados de un banco se extiende sin perjuicio de que el banco, haga la denuncia de los hechos ante las autoridades respectivas.

3.7.3. Sanciones administrativas.

La actividad financiera del país es materia de regulación por parte del Estado como lo establece el artículo 25 Constitucional que se ha llamado como la "rectoría económica del Estado", asimismo, el artículo 4 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone expresamente la rectoría que el Estado ejerce en materia del Sistema Bancario Mexicano.

En el caso específico de nuestro país, la actividad financiera de la banca está desempeñada tanto por particulares que están sujetos al régimen de "Autorización", como por entes públicos que conforman el sector paraestatal.

Es por ello que en ambos casos las leyes encomiendan al Poder Público el ejercer el control, inspección y vigilancia, y es por ello que en el desempeño de esas funciones también existe la aplicación de sanciones con fines correctivos que enderece las actividades mal encaminadas de las empresas autorizadas.

La sanción más usual para las personas físicas o morales que cometen irregularidades, es la cancelación de la autorización. Las diversas leyes administrativas que rigen el otorgamiento de autorizaciones hablan de "caducidad" o "rescisión", no así la Ley de Instituciones de Crédito emplea el término "revocación" de la autorización en sí, por las disposiciones legales y reglamentarias y que dificulta seriamente o, de plano, impide prestarse la actividad concesionada, pero es necesario comentar que está sanción se reserva para los casos especialmente trascendentes.

Las causas de revocación que la ley señala en las autorizaciones para ejercicio de la banca son tal especialmente graves que pueden llegar a suponer la liquidación de la persona moral.

El artículo 28 de la Ley de Instituciones de Crédito establece los casos en que la revocación de la autorización puede ser declarada. La fracción VIII podría dar pie a interpretar que una situación de violación reiterativa y grave del secreto bancario provocaría la revocación de la autorización, ya que una transgresión grave o reiterada de las legales que le son aplicables.

Lo anterior en razón de que un sistema bancario eficiente requiere del cumplimiento de las disposiciones legales que le son aplicables, considerando especialmente la necesidad de proteger los intereses del público y el desarrollo del mismo.

Por otro lado en lo que se refiere a sanciones no las establece específicamente, por ello hay que recurrir a la Ley de la materia, es decir, la Ley de Instituciones de Crédito, en su Capítulo II denominado "De las sanciones administrativas", en su artículo 109 establece:

"La infracción a cualquiera de las disposiciones de esta Ley, que no tenga sanción especialmente señalada, se castigará con multa equivalente de cien a cincuenta mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que impondrá administrativamente la Comisión Nacional Bancaria".

El grado de importancia del daño causado sólo servirá para graduar el monto de la multa hasta el máximo posible.

La institución, como en todo caso de sanción goza de la garantía del derecho de audiencia y de los medios legales de defensa.

Cabe señalar que la misma sanción opera para el caso de que la institución esté obligada a dar información y no lo haga en los términos del artículo 117 del ordenamiento legal citado.

De igual forma, otras sanciones administrativas son las derivadas de las obligaciones de confidencialidad que piden las normas referentes a las Sociedades de Información Crediticia, ya que las empresas que violen las normas pueden verse sujetas a la sanción de perder temporal o definitivamente la capacidad de ser usuario del sistema de información.

Otras más son las derivadas del Código Federal de Procedimientos Penales cuando dispone, que la revelación para efectos penales se produzca a petición que se haga a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Quienes obtengan dicha información, se verán obligados a usarla exclusivamente con el propósito de investigación y cualquier otro uso los hará sujetos a los servidores públicos que la manejen (empleados de la Comisión, de la Procuraduría o del juzgado) a las sanciones administrativas (procedimiento de responsabilidad administrativa) y penales que correspondan y, es de estimarse que las civiles también

3.7.4. Sanciones civiles.

Los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, imponen a la institución de crédito la obligación de responder a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados por la violación del secreto bancario cometida por sus empleados.

El conjunto de normas sobre el sigilo bancario impone una obligación de discreción, la violación de tal deber es un ilícito por lo que, aún sin necesidad de que los artículos de la ley lo hubieren previsto, el que obrando así cause un daño, está obligado a repararlo (Artículo 1910 de Código Civil para el Distrito Federal).

Los elementos de la responsabilidad civil son:

- a) que se produzca un ilícito,
- b) que se produzcan los daños y perjuicios, y
- c) que haya un nexo causal entre uno y otro.

Por lo que se refiere al primer inciso, la violación al sigilo es un ilícito. Por la naturaleza de las instituciones de crédito que son personas morales, el ilícito debe ser cometido necesariamente por una persona física. La Ley de Instituciones de Crédito con toda claridad finca la responsabilidad en las propias instituciones de crédito independientemente de las personas físicas autoras del ilícito.

Eso en razón de que la actuación del factor obliga al principal de conformidad con el artículo 317 del Código de Comercio al establecer:

"...las multas en que puede incurrir el factor por contravención a las leyes en las gestiones propias de su factoría, se harán efectivas en bienes de su principal".

Lo mismo se dice de los dependientes que al respecto el artículo 321 del mismo ordenamiento legal dispone:

"Los actos de los dependientes obligarán a sus principales en todas las operaciones que éstos les tuvieren encomendadas."

Este principio de que el empleado obliga a su principal en su actuación tanto en lo lícito como en lo ilícito, es el fundamento de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual.

Por su parte el Código Civil establece la responsabilidad de las personas morales por los daños o perjuicios que causen sus representantes legales (quienes no necesariamente serán sus empleados o funcionarios).

El ilícito que da origen a la responsabilidad civil es la revelación no autorizada, ni por el cliente ni por la ley. No cualquier indiscreción hace nacer la responsabilidad civil, es necesario que haya la consecuencia del daño.

Por lo que hace al segundo elemento, cabe decir que el daño debe ser preciso, ya sea económico o moral, el cliente dañado tendrá la carga de la prueba tanto de su

producción como de su cuantificación dentro de los parámetros legales. Dicha institución podrá impugnar tales pruebas y cuantificaciones.

En cuanto al nexo de causalidad, el daño debe atribuirse a la develación ilícita lo cual arroja la carga de la prueba sobre los miembros del cliente cuya confidencialidad ha sido traicionada.

Por último cabe decir que la responsabilidad civil compele también a quienes, por razón de su relación profesional con un banco, llegan a develar secretos, tal es el caso de abogados, valuadores, procesadores de datos y otros que, por motivo de su profesión y de su contrato con la institución de crédito, llegan a hacerse sabedores de información confidencial.

CAPITULO 4

AUTORIDADES QUE PUEDEN SOLICITAR INFORMES A LAS INSTITUCIONES DE CREDITO SIN QUE SE VIOLE EL SECRETO BANCARIO

Existen ciertos casos, en los cuales el secreto bancario no debe representar un obstáculo para la persecución de delitos, supervisión de las entidades financieras, etcétera; en consecuencia el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, contempla diversas excepciones que permiten a ciertas autoridades recabar directamente de las instituciones de crédito o por medio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, informes amparados por el secreto bancario.

Es por ello que en este capítulo se tratará el tema de la develación del secreto bancario, es decir, peticiones hechas por autoridades con facultades para pedir las, ya que este fenómeno recibe distintas denominaciones tanto por la teoría como por la legislación, por ejemplo: excepciones al secreto bancario, límites al secreto bancario, y la ley bancaria de nuestro país usa el concepto de "salvedades". La develación del secreto bancario es una parte fundamental de la propia figura del secreto bancario.

En íntima relación con la obligación de guardar discreción de los hechos relacionados con las operaciones bancarias, está el análisis de cuándo dicha información resguardada por el secreto bancario, puede ser revelada o dispensada, lo mismo que el examen de los casos en que la confidencia debe darse a conocer.

4.1. Autoridades facultadas para solicitar directamente informes respecto del secreto bancario.

Al respecto cabe mencionar que como se dijo anteriormente, existen determinados casos, en los cuales el secreto bancario no debe ser obstáculo para la persecución de delitos o en la supervisión de las instituciones de crédito, por lo que se han establecido diversas

excepciones que permiten a ciertas autoridades recabar directamente de las instituciones de crédito información protegida por esta figura.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito y la interpretación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las autoridades que pueden solicitar informes respecto del secreto bancario de manera directa, son:

- * Comisión Nacional Bancaria y de Valores,
- * Autoridades Judiciales, y
- * Procuraduría General de la República.

4.1.1. Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Los antecedentes de este organismo son los siguientes:

1) Comisión Nacional Bancaria, organismo creado por Decreto del 24 de diciembre de 1924, y que con fecha 15 de julio de 1925, se publicó el Reglamento de la Ley que creó dicho organismo.

Este organismo fue dotado de una competencia muy especializada, con una organización administrativa especial y amplia libertad funcional que asegurara que la inspección bancaria fuera real y efectiva.

2) Comisión Nacional de Valores, organismo creado por Decreto del 11 de febrero de 1946, mediante el cual se concretó a establecer su composición, atribuciones y presupuesto, y el 7 de septiembre del mismo año se publica el Reglamento que creó a dicho organismo y el 4 de julio de 1947 se expide su Reglamento Interior.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores fue creada por la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicada en el Diario Oficial el 28 de abril de 1995.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas, de conformidad con el artículo 1 de su Ley, que establece lo siguiente:

"Artículo 1.- La Comisión Nacional Bancaria, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tendrá las facultades y deberes que le confieren las leyes de Instituciones de Crédito, General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, para Regular las Agrupaciones Financieras, Reglamentaria de la Fracción XIII-Bis del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Orgánicas de las Instituciones de Banca de Desarrollo, así como otras leyes., reglamentos y disposiciones aplicables, en relación con las funciones de supervisión, inspección y vigilancia, de las instituciones, organizaciones, personas físicas y morales a que esas normas se refieren, y para su ejercicio, tendrá autonomía y facultades ejecutivas en los términos de dichos ordenamientos".

Lo anterior tiene como base el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en el cual fundamenta la posibilidad de que las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos cuenten con órganos desconcentrados, para la más eficaz atención y el eficiente despacho de los asuntos de su competencia, asimismo tendrá facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se especifique en cada caso, lo anterior de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

La desconcentración "es la forma jurídico-administrativa en que la administración centralizada, con organismos o dependencias propios, presta servicios o desarrolla acciones en distintas regiones del territorio del país..."⁵⁴

Las características de los órganos desconcentrados son entre otras las siguientes:

⁵⁴ NAVA Negrete Alfonso, Derecho Administrativo, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 160.

- Son creados por Ley o Reglamento,
- Tienen facultades específicas sobre la materia que les corresponda y dentro del ámbito territorial especificado, de conformidad con las disposiciones legales aplicables,
- Carecen de personalidad jurídica, y
- Existe una subordinación jerárquica hacia una dependencia.

De acuerdo con el artículo en estudio, este órgano tiene dos recursos elementales para cumplir con sus funciones:

- a) Autonomía técnica, entendiéndose como libertad de acción para ejercer sus funciones encomendadas.
- b) Facultades ejecutivas, en razón de que no están sujetas a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, tiene por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y adecuado funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público.

En lo que se refiere al tema principal de esta investigación, es decir, el secreto bancario, el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito en su último párrafo señala: "...Lo anterior (es decir, el secreto bancario), en forma alguna, afecta la obligación que tienen las Instituciones de Crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y servicios que presten."

Lo transcrito significa que esta figura es ajena a las relaciones y comunicaciones entre la Comisión Nacional Bancaria y las Instituciones de Crédito, es solamente una clara exclusión. La única limitante estriba en el ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia, es decir en el desempeño de las funciones que le están asignadas por ley.

La Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores ha extendido el concepto de "inspección y vigilancia", al mencionar la "supervisión" manejándolo como un concepto más amplio pues incluye la inspección, vigilancia, prevención y la corrección de las entidades financieras.

El artículo 4 de la misma establece:

"Corresponde a la Comisión:

1.- Realizar la supervisión de las entidades financieras...."

Asimismo, el artículo 5 indica:

"La supervisión que realice la Comisión 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 Comisión esta Ley, así como otras leyes y disposiciones aplicables.

..."

Lo anterior quiere decir que las instituciones de crédito deberán de prestar todo el apoyo que requieran los inspectores para el cabal cumplimiento de su cometido; pudiendo tener los inspectores, acceso a las oficinas, locales y demás instalaciones, de conformidad con el artículo 135 de la Ley de Instituciones de Crédito y 19 de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que en su parte conducente establecen:

"Artículo 135.-Las instituciones de crédito y las sociedades sujetas a la inspección y vigilancia de la Comisión, estarán obligadas a prestar a los inspectores todo el apoyo que se les requiera, proporcionando los datos, informes, registros, libros de actas, auxiliares, documentos, correspondencia y en general, la documentación que los mismos estimen necesaria para el cumplimiento de su cometido; pudiendo tener acceso a sus oficinas, locales y demás instalaciones".

"Artículo 19.- Las entidades del sector financiero sujetas a la supervisión de la Comisión, estarán obligadas a proporcionarle los datos, informes, registros, libros de actas, auxiliares, documentos, correspondencia y en general, la información que la misma estime necesaria en la forma y términos que les señale, así como a permitirle el acceso a sus oficinas, locales y demás instalaciones".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por su parte inspeccionar significa examinar, revisar, darse cuenta de cómo se hacen las cosas, y al respecto la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 133 indica:

*“La inspección se sujetará al reglamento que al efecto expida el Ejecutivo Federal y se efectuará a través de visitas que tendrán por objeto: revisar, verificar, comprobar y evaluar los recursos, obligaciones y patrimonio, así como las operaciones, funcionamiento, sistemas de control y en general de todo lo que pudiendo afectar la posición financiera y legal conste o deba constar en los registros, a fin de que se ajusten al cumplimiento de las disposiciones que las rigen y a las sanas prácticas de la materia.
...”*

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores:

*“...
La inspección se efectuará a través de visitas, verificación de operaciones y auditoría de registros y sistemas, en las instalaciones o equipos automatizados de las entidades financieras, para comprobar el estado en que se encuentran estas últimas.
...”*

Vigilar significa cuidar, estar atento. La función de la Comisión es percatarse a fondo, de que las operaciones que celebra una institución de crédito, se realizan de acuerdo a la ley y normas generales de funcionamiento; y de acuerdo con el artículo 134 de la Ley de Instituciones de Crédito, la vigilancia consistirá en cuidar que las instituciones cumplan con las disposiciones de esta ley y las que deriven de las mismas, y atiendan las observaciones e indicaciones de la Comisión, como resultado de las visitas de inspección practicadas.

Por su parte el artículo 5 de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores establece:

*“...
La vigilancia se realizará por medio del análisis de la información económica y financiera, a fin de medir posibles efectos en las entidades financieras y en el sistema financiero en su conjunto.
...”*

Las labores de prevención y corrección consisten en diseñar programas a implementarse en las instituciones en las que se han detectado anomalías, al respecto el artículo 5 de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores indica que la prevención y corrección se llevarán a cabo mediante el establecimiento de programas, de cumplimiento forzoso para las entidades financieras, tendientes a eliminar las irregularidades.

Las facultades que la Ley de Instituciones de Crédito le concede a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para solicitar información a las instituciones de crédito relacionada con las operaciones que realizan, es con el fin de realizar sus funciones de inspección y vigilancia.

De tal manera que la información que es conocida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en el ejercicio de sus funciones, mantiene, para garantía de la clientela, el ámbito de discreción necesario para la operación confiable de la banca.

4.1.2. Autoridades Judiciales.

De acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, son autoridades judiciales federales:

- I. Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- II. El Tribunal Electoral;
- III. Tribunales Colegiados de Circuito;
- IV. Tribunales Unitarios de Circuito;
- V. Juzgados de Distrito;
- VI. Consejo de la Judicatura Federal;
- VII. Jurado Federal de Ciudadanos; y
- VIII. Los tribunales de los Estados y de Distrito Federal en los casos previstos por el artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y

en los demás en que, por disposición de la ley deban actuar en auxilio de la Justicia Federal.

De conformidad con las Leyes Orgánicas de los Tribunales son Locales:

- 1.- Tribunales Locales.
- 2.- Tribunales Superiores de Justicia.
- 3.- Juzgados Civiles y Penales.

Al respecto nos dice el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez que:

“En este orden de ideas, las autoridades tanto federales como locales establecidas en la República, tienen facultades para solicitar informes directamente de las instituciones de crédito, y para el depósito de valores y casas de bolsa, siempre y cuando se cumplan los extremos que señalan los artículos respectivos, es decir, que la autoridad dicte providencia en juicio en el que el titular depositante o beneficiario sea parte o acusado”.⁵⁵

Los supuestos para la develación a las autoridades judiciales están contemplados básicamente por los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Ambos supuestos requieren como primera condición que el cliente respecto del cual se va a develar la información sea parte en el juicio.

El artículo 117 de Ley de Instituciones de Crédito, al hablar de la develación de información, sólo se exige que el cliente dueño de la información, sea parte pero nada se habla de la contraparte o de las otras partes en su caso.

En el caso de develación de información sin que exista violación del secreto bancario, la ley utiliza el término de “salvedades” para que se de la ley no enumera casos específicos, sino situaciones genéricas en las que opera la salvedad.

⁵⁵ DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros, op. cit., p. 1293.

En este mismo sentido debe aplicarse al término "juicio", el cual supone una controversia, una litis. Esta develación se deberá producir, cuando exista una contienda litigiosa entre el cliente del banco y un tercero que involucre hechos o datos que obran en poder y conocimiento de la institución de crédito y cuyo conocimiento sea relevante para la solución de la litis a juicio de la autoridad que conoce de la misma.

Cabe señalar por último, que la autoridad que conoce de la litis debe juzgar sobre la relevancia de la información que vaya a solicitar a la institución de crédito (ya sea porque así se lo pidió una de las partes siguiendo el principio de impulso procesal, ya sea en ejercicio de las facultades, que en su caso tenga, de actuar de oficio para allegarse elementos que le permiten mejor proveer). Este deber deviene de la obligación genérica de motivar y fundar todos sus actos, como lo establece el artículo 16 Constitucional.

La petición de develación debe producirse por escrito atento a lo dispuesto por el artículo antes citado.

4.1.3. Procuraduría General de la República.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Si bien la Ley de Instituciones de Crédito ni la Ley de Mercado de Valores contemplan a esta dependencia dentro de las excepciones, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con base en sus facultades de interpretación administrativa y conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría, sí tiene facultades para solicitar directamente de las instituciones de crédito, datos e informes que necesite para la debida integración de las averiguaciones penales correspondientes y la comprobación de los delitos que esa dependencia tiene encomendados.

Con el propósito de cuidar el sigilo inherente y necesario a las operaciones de crédito, y en especial a las relativas a depósitos en instituciones bancarias, el Procurador General de la República, estableció que los Agentes del Ministerio Público Federal, deberán contar con el visto bueno, ya sea por parte del Procurador, Subprocurador, Director General de Averiguaciones Previas o el Director General de Control de Procesos y

Consulta en el ejercicio de la acción penal, para recabar datos de las instituciones de crédito.

4.2. Autoridades que por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores deben solicitar informes respecto del secreto bancario.

Existen una serie de autoridades que para solicitar información a las instituciones de crédito deben hacerlo por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para efectos de que este organismo vigile que se cumpla debidamente el secreto bancario, y de conformidad con el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, se faculta a las:

* Autoridades hacendarias federales, ya que estas autoridades no tienen posibilidad de obtener información directamente de los bancos para fines fiscales, en consecuencia lo tienen que hacer por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Las instituciones de crédito deben proporcionar a las autoridades hacendarias federales, la información que estas soliciten, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.- Que sea una autoridad hacendaria federal, las autoridades locales no pueden por sí mismas recabar datos de las instituciones de crédito, pero pueden obtenerlos si en su nombre los solicitan las oficinas federales de hacienda por conducto de este organismo.

2.- Que la información solicitada sea para fines fiscales, es decir, relativo al manejo de impuestos, y que esos datos sean concretos, esto es, que los informes que soliciten dichas autoridades sean sobre aspectos específicos, porque de lo contrario se violaría el secreto bancario, ya que podría afectarse a terceras personas ajenas al fin perseguido.

De igual manera existen otras autoridades que pueden solicitar informes a las instituciones de crédito, pero haciéndolo a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como son:

4.2.1. Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público interpretó para efectos administrativos, en oficio 305-III-4-S-89 de fecha 4 de enero de 1978, que la Secretaría de Contraloría si tiene facultad para solicitar informes haciéndolo a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, respecto de depósitos, servicios u otro tipo de operaciones que personas físicas o morales tengan o celebren en entidades integrantes de la administración pública, o también de personas que actúen con carácter de funcionarios, empleados y/o agentes de la federación, que recauden, administren y/o custodien fondos o valores de la propiedad o al cuidado del Gobierno Federal. En ese sentido está restringido el secreto bancario.

4.2.2. Contaduría Mayor de Hacienda (Actualmente Entidad de Fiscalización Superior de la Federación).

El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados de la Federación, actuando como Constituyente Permanente, por Decreto de fecha 14 de julio de 1999, entrando en vigor el día 31 del mismo, promulgado por el Ejecutivo Federal y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30-VII-99, se reformaron los artículos 73,74,78 y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este se señala que la Contaduría Mayor de Hacienda sea sustituida por una nueva entidad denominada "Entidad de Fiscalización Superior de la Federación", misma que inicio funciones el 1º de enero del año próximo pasado.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público estableció con carácter de excepción a lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, (oficio 356-I-S-4895 de fecha 20 de junio de 1983), que la Contaduría Mayor de Hacienda puede solicitar, a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la información que requiera de los bancos para el desempeño de sus atribuciones, sin que esto signifique una violación del secreto bancario, siempre y cuando:

1.- Se trate de personas físicas o morales que causen daño a la Hacienda Pública o a la del Departamento del Distrito Federal.

2.- Cuando se trate de empleados o funcionarios públicos por la aplicación indebida de las partidas presupuestales y falta de comprobación correspondiente.

4.2.3. Autoridades Fiscales Federales.

En cuanto a estas autoridades, nos dice el autor Mario Bauche Garcíadiego que: "las autoridades hacendarias deben ser federales. Las autoridades hacendarias LOCALES, no pueden por sí mismas, recabar datos de los bancos, pero pueden obtenerlos si en su nombre los solicitan las Oficinas Federales de Hacienda, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria"⁵⁶, es decir lo deben de hacer por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Conforme lo dispone el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito los bancos tienen la obligación de proporcionar la información requerida a las autoridades hacendarias federales, siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- Que sea una autoridad hacendaria federal,
- Que dicha información sea solicitada para fines fiscales, es decir, relativa al manejo de la recaudación fiscal,
- Que los datos sean concretos, es decir, que los informes que soliciten dichas autoridades sean sobre aspectos específicos, ya que de lo contrario se violaría el secreto bancario, en razón de que se podrían afectar a terceras personas ajenas al fin perseguido.

⁵⁶ BAUCHE Garcíadiego, Mario, Operaciones Bancarias, Activas y Pasivas, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 399

Por último es conveniente manifestar que los argumentos a favor de que se permitan investigaciones a las autoridades fiscales federales, es el interés público de repartir equitativamente las cargas tributarias entre todos los contribuyentes.

4.2.4. Autoridades Fiscales Autónomas Federales.

Se consideran de tal manera en virtud de que tienen la facultad de:

- fincar créditos fiscales,
- vigilar el cumplimiento de las obligaciones fiscales,
- iniciar el procedimiento administrativo de ejecución, hasta su cumplimiento.

Con este carácter se tiene al Instituto Mexicano del Seguro Social de conformidad con lo que establece el artículo 288 de la Ley del Seguro Social.

De conformidad con el artículo 291 de dicha ley, el Instituto puede aplicar el procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de las liquidaciones que no hubiesen sido cubiertas oportunamente, con sujeción a las normas establecidas en el Código Fiscal de la Federación, pudiendo nombrar, asimismo, un interventor administrador en las negociaciones que hubieran sido embargadas (Artículo 164 del Código Fiscal de la Federación). Este interventor tendrá todas las facultades que normalmente correspondan a la administración de la negociación, lo anterior de conformidad con el artículo 166 del mismo ordenamiento legal.

Es así como de conformidad con el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, el Instituto Mexicano del Seguro Social podrá, por medio del interventor administrador de la negociación, solicitar directamente de los bancos los informes que requiera.

En el caso en que la negociación no se encuentre intervenida, los informes necesarios los podrá solicitar por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores,

toda vez que el término hacendario que implica el artículo 117 antes mencionado, no es exclusivo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

4.2.5. Juntas Federales y Locales de Conciliación y de Conciliación y Arbitraje.

Anteriormente, cuando se trato del tema de las autoridades judiciales, nos referimos a aquéllas que formal y materialmente están encuadradas dentro del poder judicial y encargadas de administrar justicia.

Cabe comentar, que sin embargo, la realidad jurídica en nuestro país presenta órganos encargados de desempeñar estas funciones que formalmente se encuentran dentro del poder administrativo, pero cuyas funciones materialmente se califican como jurisdiccionales.

En este caso se encuentran los tribunales del trabajo, que prácticamente por las funciones que realizan al resolver los conflictos que se suscitan en las relaciones obrero-patronales, se pueden calificar como autoridades jurisdiccionales, pero que no obstante, están ubicados formalmente dentro del poder administrativo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que las Juntas de Conciliación y Arbitraje tienen, en materia de trabajo, iguales atribuciones que las que corresponden a los tribunales en lo referente al derecho común, aun cuando no son tribunales judiciales, según lo establecido en ejecutorias del Semanario Judicial de la Federación, Tomos XV, XVI y XVII.

Dichas juntas pueden solicitar informes a las instituciones bancarias a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, siempre y cuando, de las personas que requieran información formen parte en el juicio laboral que corresponda, como sucede con los casos de autoridades judiciales.

4.3. Otras entidades que pueden solicitar informes respecto del secreto bancario.

Existen otras entidades que pueden y tienen la facultad de solicitar informes respecto al secreto bancario, conforme a diversas leyes, como son:

4.3.1. Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.

El Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB), es una institución pública cuya función es proteger los recursos de los pequeños y medianos ahorradores, contribuyendo a la estabilidad del Sistema Bancario Mexicano.

La Ley de Protección al Ahorro Bancario (LPAB) le otorga al IPAB la función de administrar el seguro de depósitos.

El IPAB recibe aportaciones de los bancos y las destina a construir un fondo que sería utilizado si alguno de ellos tuviera problemas; esto garantiza que los ahorradores puedan disponer de su dinero cuando lo requieran.

Aún cuando en nuestro país las autoridades y las instituciones bancarias velan por la seguridad de los ahorros de los clientes de las instituciones de crédito, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario brinda un respaldo adicional al proteger el dinero a través de un seguro de depósitos.

Al respecto el artículo 2 de la Ley de Protección al Ahorro Bancario establece:

"El sistema de protección al ahorro bancario será administrado por un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con domicilio en el Distrito Federal, denominado Instituto para la Protección al Ahorro Bancario".

Por su parte el artículo 43 indica:

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

"Las instituciones estarán obligadas a proporcionar al Instituto la información que éste le solicite para el cumplimiento de su objeto, incluyendo los datos que permitan estimar su situación financiera, así como en poner en su conocimiento del mismo, con toda oportunidad, cualquier problema que ponga en riesgo su estabilidad financiera. Las Instituciones no estarán sujetas a lo establecido en el primer párrafo del artículo 117 y en el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, por lo que hace a la obligación de entregar al Instituto la información antes señalada".

Al Instituto no le serán aplicables las disposiciones señaladas en el párrafo anterior.

Asimismo, el artículo 44 de la misma establece:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el Instituto utilizará la información disponible de la Comisión. Para tal efecto, la Comisión compartirá con el Instituto su documentación y base de datos relativos a la información financiera de las Instituciones".

Por lo que se refiere a las infracciones en caso de no proporcionar dicha información requerida por el Instituto a las Instituciones de crédito, al respecto el artículo 90 fracción I, II y VI establece:

"Artículo 90.- Son infracciones de las Instituciones a esta ley:

I. No proporcionar al Instituto la información y documentación que en los términos de la presente ley le requiera;

II. No cubrir, en tiempo y forma las cuotas a su cargo en los términos y plazos que esta ley señale;

*...
III. Rehusarse, impedir u obstaculizar el ejercicio de las facultades que esta ley le confiere al Instituto".*

Y por último, en cuanto hace a las sanciones por infringir lo dispuesto en el artículo anterior el artículo 91 del mismo ordenamiento legal, dispone:

"Artículo 91.- El Instituto impondrá las siguientes sanciones por las infracciones administrativas a que se refiere el artículo anterior:

I. Por violación a las fracciones I y II del artículo anterior, multa de mil a diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal;

II. Por violación a las fracciones IV, V, VI y VII del artículo anterior, multa de hasta el tres por ciento del capital pagado o hasta veinte mil veces el

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, lo que resulte mayor".

Conforme a lo expuesto, podemos señalar que al Instituto para la protección al Ahorro Bancario, las instituciones de Crédito deben proporcionar la información que requiera para el cumplimiento de sus funciones, como son:

- Proteger a los depositantes de las instituciones de crédito hasta 4000,000 UDIS en el año 2005.
- Ayudar a través de programas específicos a resolver problemas que tenga las instituciones de crédito o en su caso liquidarlas.

4.3.2. Banco de México.

El artículo 1 de la Ley del Banco de México, indica:

"El banco central será persona de derecho público con carácter autónomo y se denominará Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta Ley, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Por lo que se refiere a mi tema de investigación, es decir, el secreto bancario, al respecto el artículo 97 de la Ley de Instituciones de Crédito establece:

"Las instituciones de crédito deberán presentar la información y documentación que el ámbito de sus respectivas competencias, les soliciten la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria, dentro de los plazos que las mismas establezcan".

Dichas instituciones proporcionarán a la citada Secretaría, en los términos y plazos que esta determine, la información institucional y de sus empresas a que se refieren en los artículos 88 y 89 primer párrafo, de esa ley, respecto de sus programas operativos y financieros, los presupuestos de ingresos y gastos, e integración de indicadores y demás

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

información financiera, que permita evaluar el comportamiento y desarrollo del sistema bancario mexicano.

4.3.3. Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) fue creada por la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el DOF el 18 de enero de 1999.

Parte de las funciones de este organismo en materia de Protección a los intereses del público, las desarrollaban las Comisiones Nacionales: Bancaria y de Valores; Seguros y Fianzas y la del Sistema de Ahorro para el Retiro, entre otras tenemos:

- ♣ Conciliación y arbitraje para dirimir los conflictos que se presentan entre las entidades financieras y sus usuarios con motivo de sus operaciones.
- ♣ Atender consultas.
- ♣ Vigilar y regular el funcionamiento de las Unidades Especializadas de Atención al Público, por parte de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Es un sólo organismo el que se encarga de la protección y defensa de los usuarios de servicios financieros, para que las demás comisiones se concentren en sus actividades de supervisión y regulación de las entidades del sector financiero, es decir, no hay duplicidad de funciones entre las citadas comisiones, y la CONDUSEF.

La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, en su artículo 1 establece el objeto de dicha ley:

"Artículo 1.- La presente ley tiene por objeto la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros, que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente

autorizadas, así como regular la organización, procedimientos y funcionamiento de la entidad pública encargada de dichas funciones".

Por su parte, en lo referente al secreto bancario, los artículos 12 al 15 establecen:

"Artículo 12.- Para el debido cumplimiento de las facultades que esta ley atribuye a la Comisión Nacional, las Unidades Administrativas de la Secretaría, las Comisiones Nacionales, así como las Instituciones Financieras, deberán proporcionarle la información y datos que le soliciten".

"Artículo 13.- La Comisión Nacional deberá guardar estricta reserva sobre la información y documentos que conozca con motivo de su objeto, relacionada con los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones llevadas a cabo por las instituciones financieras. Solamente en caso de que dicha información o documentos sean solicitados por la autoridad judicial, en virtud de providencia dictada en juicio en que el titular sea parte, la Comisión Nacional estará legalmente facultada para proporcionarlos".

Al hablar de la responsabilidad por violación al secreto la ley comenta al respecto:

"Artículo 14.- Los servidores públicos de la Comisión Nacional serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación de la reserva o secreto a que se refiere el artículo anterior".

Por último, por lo que se refiere a la reparación del daño, el artículo 15 establece:

"Artículo 15.- La Comisión Nacional y sus servidores públicos, según sea el caso, estarán obligados a reparar los daños y perjuicios que se causen en caso de revelación del secreto bancario, fiduciario o bursátil, en términos de la legislación aplicable".

4.3.4. Fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico.

En relación al tema que nos ocupa, el artículo 93 de la Ley de Instituciones de Crédito contemplar otra excepción al secreto bancario al establecer:

"Las instituciones de crédito sólo podrán ceder o descontar su cartera con el Banco de México u otras instituciones de crédito o con los fideicomisos



"Las instituciones de crédito sólo podrán ceder o descontar su cartera con el Banco de México u otras instituciones de crédito o con los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico. El Banco de México podrá autorizar excepciones a este artículo.

Las instituciones de crédito no estarán sujetas a lo establecido en el primer párrafo del artículo 117 de esta Ley por lo que hace a la información relacionada con los activos que se mencionan a continuación, cuando ésta sea proporcionada a personas con las que se negocien o celebren las siguientes operaciones:

I.- Los créditos que vayan a ser objeto de cesión o descuento; o

II.- Su cartera u otros activos, tratándose de la transmisión o suscripción de un porcentaje significativo de su capital social o de la sociedad controladora de grupo financiero al que pertenezca. Para dar a conocer la información respectiva deberá obtenerse la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público vigilará que durante los procesos de negociación a que se refiere este artículo, los participantes guarden la debida confidencialidad sobre la información a que tengan acceso con motivo de los mismos."

Lo anterior resulta lógico que a los particulares compradores de cartera de las instituciones de crédito, se les dé a conocer información detallada de dichos créditos o de la cartera total de otros activos.

4.4. Propuesta de regulación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad el análisis de la figura que representa el secreto bancario, y en razón de que el sistema financiero o bancario tiene un papel fundamental dentro de la economía de cualquier país, es principalmente por que a través de las instituciones financieras se capta el ahorro del público y se canaliza hacia las actividades productivas, el sistema bancario constituye la base principal del sistema de pagos del país y faculta la realización de las transacciones, considero que esta figura jurídica cumple con su objetivo primordial que es guardar confidencialidad acerca de la información proporcionada por los clientes a las instituciones de crédito en razón de las operaciones que éstos celebran con las mismas, esta protección ha sido impuesta por el hecho de que el banquero se convierte en depositario de bienes ajenos, y como tal, está obligado a conservar el secreto sobre las operaciones celebradas con sus clientes, colocándolos a buen recaudo de la curiosidad pública, convirtiéndose en una característica

esencial de la actividad bancaria, importancia que adquiere hoy en día la figura del secreto bancario.

Ahora bien, en relación a esta figura se ha comentado en los últimos tiempos que las misma trae como consecuencia, la controversia sobre la subsistencia o supresión de la figura del secreto bancario que ha surgido de manera asombrosa, ya que las noticias relacionadas con lavado de dinero, actividades financieras ilícitas o de corrupción, así como operaciones realizadas por el Fondo Bancario de Protección al ahorro (FOBAPROA), actualizaron este tema se suma trascendencia para todo sistema bancario.

Ciertamente, la develación del secreto bancario no es antijurídica, ni tampoco es arbitraria, pero la razón de la develación está en conflicto y se enfrenta con el interés y la esfera personal e íntima del sujeto protegido, ya que este sufre una lesión si se da viola en su perjuicio el secreto bancario.

Como ya se comentó en el cuerpo del presente trabajo, el secreto bancario en nuestra actual legislación nacional, protege a las operaciones pasivas, es decir, los depósitos realizados por el público ahorrador; las operaciones activas, que son los créditos otorgados por las instituciones de crédito a los clientes de las mismas, y por último los servicios de cualquier clase que se celebran entre las partes.

Asimismo, se ha comentado en los últimos años y es tendencia en el mundo entero el que las operaciones activas, es decir los créditos que otorgan las instituciones de crédito, no estén protegidas por el secreto bancario, lo cual considero es una propuesta aceptable en razón de que las instituciones de crédito al otorgar los mismos deben de saber la situación real económica de sus acreditados, ya que lo que se evitaría eliminando la protección que brinda el secreto bancario a las operaciones de crédito, sería el que una persona ya sea física o moral que no éste cumpliendo con el pago de su obligación y que haya caído en cartera vencida siga obteniendo créditos, situación que en la actualidad no se da, es por lo expuesto que propongo que dicha figura sea eliminada en lo que respecta a las operaciones activas y siga la protección sobre las operaciones pasivas, es decir, para los depósitos,

inversiones y todas las operaciones patrimoniales entre particulares e instituciones financieras, protegiendo también las operaciones neutras o de servicios.

En consecuencia se propone como ya lo dije con anterioridad, que sea modificada la ley de la materia y que as operaciones activas no gocen de la protección del secreto bancario, ya que es preciso contar con una mayor transparencia en la relación entre la institución financiera y el o los acreditados, propósito que es por demás impulsado por las prácticas sanas de supervisión financiera internacional, y eliminando el secreto bancario en estas operaciones, aumentará la confianza del público, en los intermediarios financieros, dado que estos se verán sujetos a un mayor escrutinio de los agentes económicos.

De igual manera con esta reforma se propiciará la adopción de prácticas crediticias acordes con el mercado, desechando hábitos viciados que representan un conflicto de interés por lo vínculos privilegiados y nexos especiales que pudieran existir entre la institución financiera y el acreditado, proponiendo que dicho artículo sea modificado en su parte conducente y quede redactado de la siguiente manera:

"Artículo 117.- Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos y servicios, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para fines fiscales.

..."

El secreto bancario sólo deberá permanecer cuando involucre exclusivamente operaciones pasivas y los servicios prestados por las instituciones de crédito, y en ningún caso se mantendrá como excusa, pretexto o coartada para encubrir operaciones irregulares a partir del momento que involucren recursos públicos de cualquier origen.

De igual manera se ha tratado el que dicha figura jurídica ha reflejado y reflejará un eterno conflicto de intereses, esta es la disputa que se genera entre el interés público y el interés privado, lo anterior en relación a la facultad del Estado para recuperar del pueblo los recursos fiscales y en consecuencia esta recaudación ha puesto en tensión la existencia de dicha figura, ya que existen determinados agentes económicos del país que se escudan

supuestamente en el secreto bancario y de esta manera eluden el cumplimiento de sus obligaciones en materia tributaria.

Lo anterior es totalmente erróneo en virtud de que la ley de la materia otorga facultades a las autoridades hacendarias federales para solicitar informes a las instituciones de crédito por medio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para fines fiscales, de tal manera que el argumento principal a favor de que se permitan a las autoridades fiscales federales, obtener información es el interés público de repartir equitativamente las cargas tributarias entre todos los contribuyentes y la ley de la materia es muy clara al respecto, ya que pueden solicitar informes la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores relacionada con las operaciones de cualquier naturaleza de las personas que hayan actuado o actúen con carácter de funcionarios, empleados y/o agentes de la federación, que recauden, administren y/o custodien fondos o valores de la propiedad o al cuidado del Gobierno Federal; la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación también pueden solicitar informes siempre y cuando: se trate de personas físicas o morales que causen daño a la hacienda pública o a la del Departamento del Distrito Federal, y cuando se trate de empleados o funcionarios públicos por la aplicación indebida de las partidas presupuestales y a falta de comprobación correspondiente; las Autoridades Fiscales Autónomas Federales, se les considera de esta manera porque las mismas pueden fincar créditos fiscales, vigilar el cumplimiento de las obligaciones fiscales e iniciar el procedimiento administrativo de ejecución, hasta su cumplimiento, se considera como tal al Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo tanto quien podrá por medio del interventor administrador de la negociación, solicitar directamente de las instituciones de crédito los informes que requiera, en consecuencia no encuentro fundamento legal alguno para decir que la figura del secreto bancario obstaculiza en ocasiones la recaudación fiscal, si las autoridades hacendarias federales tienen otorgadas las facultades antes mencionadas, facultades claramente expresas en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Por tal motivo propongo que dicho artículo sea modificado en su parte conducente y se enuncien de manera específica todas y cada una de las autoridades que tienen la facultad

de solicitar la información a las instituciones de crédito a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y en que casos procede dicha revelación, lo anterior en razón de que existen otras autoridades como lo son el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, en donde las instituciones están obligadas a proporcionar al Instituto que éste solicite para el cumplimiento de su objeto; también dentro de este supuesto encontramos al Banco de México, en donde las instituciones de crédito deberán de presentar la información y documentación que en el ámbito de su respectiva competencia, le solicite el Banco central; y la Procuraduría General de la República, ya que si bien es cierto que el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito no establece dentro de las excepciones a la misma, esta sí tiene facultades para solicitar directamente de las instituciones de crédito los datos y los informes que necesite para la debida integración de las averiguaciones penales correspondientes y la comprobación de los delitos que esta tiene encomendados.

El secreto bancario es, sin lugar a dudas, uno de los pilares fundamentales para promover el ahorro interno, y es por ello que el fundamento del secreto bancario debe buscarse en la armonización de distintos intereses que merecen especial protección, no solamente porque asegura el derecho de inviolabilidad privada, sino que contribuye al desarrollo de una actividad que es el desarrollo del país atrayendo a los inversionistas, y el sistema bancario de cualquier país constituye la base principal del sistema de pagos del mismo, ya que una primera función del servicio de banca y crédito, consiste en ser el medio principal de intermediación financiera, a través del cual se capta el ahorro generado por la sociedad, para ser destinado al financiamiento del consumo e inversión y la realización de transacciones y por tanto al desarrollo y crecimiento económico de nuestro país.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El sistema bancario mexicano se integra por: el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, los fideicomisos públicos del Banco de México, las filiales de entidades financieras del exterior que se constituyan como banca múltiple o sociedades financieras de objeto limitado.

La doctrina precisa que el sistema bancario se conforma por autoridades, entidades bancarias, instituciones de servicios complementarios, auxiliares o de apoyo a dichas entidades y otras entidades.

SEGUNDA.- Las instituciones de banca múltiple y las de banca de desarrollo, conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, son las únicas que pueden prestar el servicio de banca y crédito, el cual consiste en captar recursos del público a través de las operaciones pasivas y colocar esos recursos en el mismo público, esto a través de las operaciones activas como son los préstamos y créditos.

TERCERA.- El "secreto bancario" se puede definir como la obligación que tienen las instituciones bancarias, sus funcionarios y empleados de guardar reserva respecto de la información que llega a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones y que tenga relación directa con las operaciones y servicios celebrados, a excepción de los casos autorizados en la ley y previo cumplimiento de los requisitos previstos en la misma

CUARTA.- El secreto bancario se encuentra regulado en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, y prohíbe a las instituciones de crédito dar noticias o informes de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operación sino al depositante, deudor, titular o beneficiario de la cuenta, al representante legal o a quien tenga poder para intervenir en la cuenta o servicio, salvo cuando lo pidan las autoridades judiciales cuando medie providencia dictada en juicio en que el titular de la cuenta sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de

Valores. Los empleados y funcionarios de las instituciones serán responsables por la violación a dicho secreto y las instituciones serán también responsables de los daños y perjuicios que se causen por la revelación del mismo.

Lo anterior de ninguna manera exime a las instituciones de crédito de proporcionar dicha información a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en sus funciones de inspección y vigilancia.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores estará facultada para proporcionar a autoridades financieras del exterior información sobre las operaciones celebradas, siempre y cuando tengan suscritos con dichas autoridades acuerdos de intercambio de información que contemplen el principio de reciprocidad, pudiendo abstenerse cuando ésta pueda ser usada para fines distintos a los de supervisión financiera, o causas de orden público o seguridad nacional.

QUINTA.- Las operaciones que realizan las instituciones de crédito, y que se encuentran protegidas por el secreto bancario son: los depósitos, créditos, servicios es decir cualquier tipo de operación.

SEXTA.- La captación de recursos del público en el mercado nacional, la realiza el intermediario bancario quien se constituye como sujeto pasivo (deudor) de una obligación crediticia y el sujeto activo es indeterminado ya que es el público en general.

Como ejemplos de estas operaciones tenemos contempladas en la ley de la materia a los depósitos a la vista, de ahorro, a plazo, etcétera.

SEPTIMA.- La colocación de recursos en el público constituye la actividad activa de las instituciones bancarias, estos recursos son canalizados al público a plazos y montos muy diversos, volviéndose el banco ante esas operaciones acreedor en las operaciones crediticias, como ejemplos de estas operaciones encontramos al crédito o préstamo. Y desde mi punto de vista yo considero que estas operaciones no deben estar tuteladas por el

secreto bancario, en razón de que los bancos al otorgar los créditos deben de saber la situación real económica de los acreditados; si los mismos son sujetos de créditos y si están cumpliendo con su obligación de pago, ya que lo que se evitaría sería que su una persona física o moral a caído en cartera vencida, esta ya no obtenga más créditos por las diversas instituciones bancarias.

Por tal motivo propongo que el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito sea reformado para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 117.- Las instituciones de Crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos o servicios, salvo cuando las pidieren la autoridad judicial o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

...”

OCTAVA.- El secreto bancario se basa en la convicción de que es la única forma de ajustarse al marco legal, protegiendo así por una parte, los derechos de confidencialidad y secrecía de los usuarios de los servicios financieros y, por la otra las atribuciones de las autoridades judiciales que soliciten la información con apego a la ley. Esta figura aparece en otras legislaciones del sistema financiero mexicano, por ejemplo en materia de fideicomisos, del mercado de valores, de fianzas, de sociedades de información crediticia y del sistema de ahorro para el retiro.

NOVENA.- Las autoridades facultadas, para solicitar de manera directa informes respecto del secreto bancario son: la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, esto es en sus funciones de inspección y vigilancia y que de ninguna manera afecta al secreto bancario, así como Autoridades Judiciales y la Procuraduría General de la República.

DECIMA .- Existen otras autoridades que no están previstas en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito y que también pueden solicitar informes sobre las operaciones que realizan las instituciones de crédito por medio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, sin que exista violación al secreto bancario y que son: la Secretaría de Contraloría

y de Desarrollo Administrativo; Contaduría Mayor de Hacienda; Autoridades Fiscales Autónomas Federales y las Juntas Federales y Locales de Conciliación y de Conciliación y Arbitraje en los casos y supuestos previstos en sus leyes o reglamentos respectivos.

DECIMA PRIMERA.- Las sanciones a que se hacen acreedores quienes violan el secreto bancario son de diversa naturaleza dependiendo del supuesto jurídico de las distintas leyes como pueden ser sanciones penales, civiles, administrativas y laborales, con lo cual demuestra que el bien jurídico protegido por el secreto bancario y que de alguna manera se puede precisar en la confidencialidad es bien salvaguardada en lo que a sanciones se refiere.

DECIMA SEGUNDA.- El artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito que es el que regula lo concerniente al secreto bancario, es muy genérica y poco específico en mencionar a las autoridades que tienen facultades para solicitar informes a las instituciones de crédito, así como el procedimiento que funde y motive la causa del requerimiento, es por ello y por las razones mencionadas en el contenido del presente trabajo de investigación y análisis, que considero que se debería de incluir un apartado en dicha ley dedicado a regular específicamente todo lo referente al secreto bancario y precisar cada una de las autoridades facultadas para solicitar informes a las instituciones de crédito y los supuestos jurídicos en que procedería dicha petición, a fin de motivar y fundar debidamente la causa legal del requerimiento de información.

DECIMA TERCERA.- Es así como yo considero que el secreto bancario sí cumple su cometido de preservar la confidencialidad de la información proporcionada a las instituciones de crédito por los usuarios de la banca, sin embargo ha existido desinformación sobre todo imputable a los medios de comunicación, que han hecho pensar a la opinión pública que el secreto bancario constituye un obstáculo en la persecución de delitos, lo cual es incorrecto, ya que existen los medios legales a través de los cuales las autoridades en sus respectivos ámbitos competenciales, pueden solicitar información a las instituciones financieras, sin que ello implique violación al secreto bancario, pues ante conductas delictivas no puede operar el secreto bancario en beneficio del delincuente.

DECIMA CUARTA.- Nuestro país requiere de un sistema financiero fuerte, que esté en condiciones de participar en el desarrollo de la economía nacional, por lo tanto requiere de un marco institucional, una mejor regulación y supervisión en esta materia que se adecue a las nuevas circunstancias del país, ya que sin lugar a dudas, el secreto bancario es uno de los pilares fundamentales para promover el ahorro interno y la privacidad que conlleva esta figura atrae como consecuencia a los usuarios e inversionistas del país.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel, "Nuevo Derecho Bancario", Octava Edición, Editorial Porrúa, México, S.A., México 2000.

ACOSTA ROMERO, Miguel, "La Banca Múltiple", Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

ARROYO SOTO Augusto, "El secreto profesional del abogado y el Notario", U.N.A.M., México, 1980.

BAUCHE Garcíadiego, Mario, Operaciones Bancarias, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1974.

BIANCHI Andrés, "Principios Generales de la Independencia del Banco Central", En testimonios sobre la actualización de la banca central, Volumen 1, CEMLA, México, 1993.

BURGOA HORIHUELA Ignacio, "Las Garantías Individuales", Editoria Porrúa, S.A., México, 1997.

C. Meján Luis Manuel, "El Secreto Bancario", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

CARBALLO Yañez, Erich, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

CARZOLA PRIETO, Luis Mario, "El Secreto Bancario", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978.

CERVANTES Ahumada, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

CREEL DE LA BARRA Enrique, "La historia de la banca en México, en el mercado de valores", Semanario de Nacional Financiera, número 27, 2 de julio de 1979.

COTELLY Esteban, "Derecho Bancario", Ediciones Arayanos, Buenos Aires, 1956.

DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe, "Derecho Bancario y Contratos de Crédito", Segunda Edición, México, 2001.

DE LA ESPRIELLA OSSIO, Alfonso, "El Secreto Bancario", Editorial Bogotá, Colombia, No. XVI, 1983.

DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús, "Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros", Editorial Porrúa, Tercera Edición, (Actualizada), Tomo I y II, México, 2000.

DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús, "Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito. Exposición de Motivos. Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM", Editorial Porrúa, Tomo I y II, México, 2000.

DE PINA Rafael, "Derecho mercantil mexicano", Vigésima Octava Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

GULLIEN FERRER María José, "El secreto bancario y sus límites legales", España, 1997.

GUZMÁN, Holguín, "Derecho Bancario y operaciones de crédito", Editorial Porrúa, México, 2002.

HERREJON SILVA Hermilo, "El servicio de la banca y crédito", Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

HERNÁNDEZ Octavio A., "Derecho Bancario Mexicano", Tomo I, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1958.

LABANCA Jorge, "El secreto bancario y otros estudios", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

LOPEZ AYLLON, "El derecho a la información", Editorial Porrúa, México, 1984.

MANERO Antonio, "La Revolución bancaria en México", Edición de Autor, México, 1957.

MUÑOZ Luis, "Derecho Bancario Mexicano", Primera Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1989.

NANDO LEFORT Víctor Manuel, "El lavado de dinero", Editorial Trillas, México, 1997.

PACHECO PULIDO Guillermo, "El Secreto en la Vida Jurídica", Segunda Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México, 1996.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ Joaquín, "Derecho Bancario", Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

ROMERO COLOMA Aurelia María, "Derecho a la información y Libertad de Expresión", Cada Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

RUIZ GARCIA José Ramón, "El Secreto Bancario y Hacienda Pública", Editorial Civitas, Madrid, España, 1988.

VAZQUEZ Arminio, "Derecho mercantil", Fundamentos e historia, México, 1997.

DICCIONARIOS

Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 13va edición, México, 1999.

PINA VARA DE, Rafael, Diccionario de Derecho, Vigésima Séptima edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Centésimo Trigésima Tercera Edición, Porrúa, México, 2000.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2001.

Legislación Bancaria, Editorial Porrúa, Tomo I y II, México, 2002.

Ley del Notariado para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal del día 28 de marzo del 2000, Décima Época, número 52.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Información sobre el Sistema Bancario Suizo, Available from Internet:
<http://www.bancosuizo.com/>

Artículo de Alfredo Echeverría Herrera, "El sigilo bancario, acceso a la información bancaria para fines tributarios, Available from Internet:
http://www.siccl/página/infgeneral/estudios/sigilo_bancario.htm

Artículo de León P. Ramírez Gómez, "El buró de crédito y el secreto bancario, Available from Internet: <http://www.etcetera.com.mx./1999/337/hb0337.htm>

Artículo de Benjamín Hill, "Secretos bancario, contradicción e impunidad", Available from Internet: <http://www.asesor.com.pe/teleley/informes/secretobancario.htm>

Artículo de Xavier Caño Tamayo, "Blanqueo de dinero e hipocresía económica", Available from Internet: http://www.ucm.es/info/solidarios/ccs/articulos/economia/blanqueo_dinero.htm

HEMEROGRAFIA

Revista: "EL PROCESO", Los fondos ocultos, Publicación de fecha 16 de junio del 2002.

Revista: "ENTORNOS", El aspecto fiscal del Secreto Bancario, Publicación de fecha 17 de mayo del 2000.

Periódico: "EL UNIVERSAL", Una turbia maniobra, Publicación de fecha 22 de abril de 1997.

Periódico: "EL ECONOMISTA", La muerte del secreto bancario, Publicación de fecha 13 de junio del 2002.