

Instituciones Jurídicas del Sistema Financiero Mexicano

Investigación Doctoral

Doctorando: Luis Manuel Camp Méjan Carrer

**Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho
División de Estudios de Postgrado**



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.

TEMARIO

CAPÍTULO 1.- OBJETO DEL SISTEMA FINANCIERO. MERCADO E INTERMEDIACIÓN.

CAPÍTULO 2.- FORMACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA FINANCIERO.

CAPÍTULO 3.- COMPOSICIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

CAPÍTULO 4.- LA AGRUPACIÓN FINANCIERA

CAPÍTULO 5.- LAS AUTORIDADES REGULADORAS

CAPÍTULO 6.- ASPECTOS CORPORATIVOS

CAPÍTULO 7.- LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

CAPÍTULO 8.- LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

CAPÍTULO 9.- CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

CAPÍTULO 10.- LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PÚBLICO

CAPÍTULO 11.- LOS DELITOS Y LAS INFRACCIONES FINANCIEROS

CAPÍTULO 12.- OTRAS INSTITUCIONES CORPORATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

CAPÍTULO 13.- OTRAS INSTITUCIONES OPERATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

ÍNDICE DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	3
CAPÍTULO 1.- OBJETO DEL SISTEMA FINANCIERO. MERCADO E INTERMEDIACIÓN.....	17
1 El mercado.	
2 La Intermediación Financiera, sus componentes.	
Conclusión.	
CAPÍTULO 2.- FORMACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA FINANCIERO.....	22
Presentación	
1 Integración en la historia del Sistema Financiero.	
2 La presencia de la expresión “Sistema Financiero”.	
3 Principios del Sistema Financiero.	
Conclusión.	
CAPÍTULO 3.- COMPOSICIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.	42
Presentación.	
1 Los elementos que componen el Sistema Financiero.	
Conclusión.	
Apéndice.- Disposiciones reglamentarias ordenadas por las leyes del sistema financiero.	
CAPÍTULO 4.- LA AGRUPACIÓN FINANCIERA.....	74
1 Significado de “Agrupación Financiera”.	
2 Formación de las agrupaciones financieras.	
3 Los principios rectores de la agrupación financiera en México.	
Conclusión.	
CAPÍTULO 5.- LAS AUTORIDADES REGULADORAS.....	89
1 La función del Estado en el Sistema Financiero.	
2 La Banca Central.	
3 La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.	
4 Las comisiones supervisoras.	
5 Otras.	
Conclusión.	
CAPÍTULO 6.- ASPECTOS CORPORATIVOS	105
1 Estructura corporativa de las entidades que fungen como Intermediarios Financieros.	
2 Banca de Desarrollo.	
Conclusión.	
CAPÍTULO 7.- LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.	116
1 La contratación en general.	
2 La contratación en particular.	
Conclusión.	
CAPÍTULO 8.- LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.....	151
1 Concepto de garantía en la contratación en el sistema financiero.	
2 Fideicomiso de garantía.	
3 La Hipoteca Sobre Unidad Industrial Agrícola, Ganadera o de Servicios.	
4 La Prenda sin Transmisión de la Posesión.	
5 La Prenda Bursátil.	
6 Otras garantías.	
Conclusión.	

CAPÍTULO 9.- CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....191

- 1 La Electrónica en el Sistema Financiero.
 - 2 El contrato y la forma que lo expresa.
 - 3 Los instrumentos normativos sobre contratación electrónica en otros lados del mundo.
 - 4 Los nuevos principios jurídicos.
 - 5 La contratación electrónica de operaciones financieras.
- Conclusión.

CAPÍTULO 10.- LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PÚBLICO.....223

- Introducción.-La Ley y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa al Usuario de los Servicios Financieros.
- 1 Secreto Bancario y Financiero.
 - 2 Información Privilegiada.
 - 3 Huelga.
 - 4 Intervenciones Administrativas y Gerenciales y Administración Cautelar.
 - 5 Convenio de Responsabilidades en un Grupo Financiero.
 - 6 Procedimientos de reclamaciones.
 - 7 Contratos de Adhesión.
 - 8 La Información a los Usuarios de los servicios financieros.
 - 9 El Seguro sobre los Depósitos de las Instituciones de Crédito.
- Conclusión.

CAPÍTULO 11.- LOS DELITOS Y LAS INFRACCIONES FINANCIEROS266

- Presentación.
- 1 Especialidad de la materia.
 - 2 Competencia federal.
 - 3 Sujetos activos.
 - 4 Petición necesaria.
 - 5 Delitos dolosos.
 - 6 Referencias de ocasión.
 - 7 Penalidades.
 - 8 Compatibilidad con otras figuras penales.
 - 9 Prescripción.
 - 10 Delitos de resultado.
 - 11 Conductas típicas.
 12. Delitos Graves.
 13. Política criminal.
 14. Infracciones y Sanciones
- Conclusión.

CAPÍTULO 12.- OTRAS INSTITUCIONES CORPORATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.....281

- 1 Interés público.
 - 2 Objetivo perseguido por las leyes.
 - 3 Legislación supletoria.
 - 4 Interpretación administrativa de la Ley.
 - 5 Autorizaciones. Otorgamiento y revocación.
 - 6 Plazos para trámites con las autoridades y negativa ficta.
 - 7 Acreditada solvencia.
 - 8 Inversión de capital pagado y reservas.
 - 9 El sistema de entidades filiales del exterior.
 - 10 Emisión de obligaciones subordinadas.
 - 11 Manejo de la contabilidad y conservación de información.
 - 12 Relaciones Laborales.
- Conclusión.

CAPÍTULO 13.- OTRAS INSTITUCIONES OPERATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.....	297
1 Apertura y cierre de sucursales y oficinas.	
2 Poderes.	
3 Estado de cuenta certificado por el Contador.	
4 Publicidad hecha por los intermediarios.	
5 Medidas de Seguridad.	
6 Trato fiscal de las operaciones.	
Conclusión.	
CAPÍTULO 14.- CONCLUSIONES.....	302
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	309
BIBLIOGRAFÍA.....	311

SUMARIO ANALÍTICO

PRESENTACIÓN

CAPÍTULO 1.- OBJETO DEL SISTEMA FINANCIERO. MERCADO E INTERMEDIACIÓN.

- 1 El mercado.
- 2 La Intermediación Financiera, sus componentes.
- Conclusión.

CAPÍTULO 2.- FORMACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA FINANCIERO.

Presentación.

- 1 Integración en la historia del Sistema Financiero.
 - 1.1 Banca de Emisión.
 - 1.2 Banca Central.
 - 1.3 Banca Especializada.
 - 1.4 Banca Departamental.
 - 1.5 Banca Múltiple.
 - 1.6 Banca estatizada.
 - 1.7 Grupos Financieros.
- 2 La presencia de la expresión “Sistema Financiero”.
 - 2.1 El “Sistema Financiero” en las leyes relacionadas con la intermediación Financiera.
 - 2.2 El término “Sistema Financiero” en otras leyes.
 - 2.3 Un subsistema: el Sistema Bancario.
- 3 Principios del Sistema Financiero.
- Conclusión.

CAPÍTULO 3.- COMPOSICIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

Presentación.

- 1 Los elementos que componen el Sistema Financiero.
 - 1.1 Elemento personal.
 - 1.1.1 Los intermediarios.
 - 1.1.2 Las autoridades reguladoras.
 - 1.1.2.1 El Banco de México.
 - 1.1.2.2 Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
 - 1.1.2.3 Comisiones supervisoras de la actividad financiera.
 - 1.1.2.4 Otras.
 - 1.2 Elemento formal.
 - 1.2.1 Normatividad: Legislación y Reglamentación.
 - a) Constitución.
 - b) Legislación propia del sistema financiero.
 - c) Reglamentos.
 - 1.- Reglas o disposiciones generales.
 - 2.- Circulares.
 - d) Otra Legislación.
 - 1.- Legislación relacionada con las operaciones.
 - 2.- Relacionada con la existencia y funcionamiento de las entidades.
 - 1.2.2 Concurrencia de figuras de Derecho Público y de Derecho Privado.
 - a) Derecho Privado.
 - b) Derecho Público.
 - 1.- Labor de regulación.
 - 2.- Inspección y Vigilancia.
 - 3.- Otorgamiento de autorizaciones y concesiones.
 - 4.- Práctica de la Intermediación.
 - 5.- Ejercicio de la Banca Central.

1.3 Elemento material.

Conclusión.

Apéndice.- Disposiciones reglamentarias ordenadas por las leyes del sistema financiero.

CAPÍTULO 4.- LA AGRUPACIÓN FINANCIERA.

1 Significado de “Agrupación Financiera”.

2 Formación de las agrupaciones financieras.

2.1 La primera legislación de organización de grupos financieros.

2.2 La separación de las instituciones.

2.3 Las experiencias del extranjero.

3 Los principios rectores de la agrupación financiera en México.

3.1 Principio de libertad de asociación.

3.2 Principio de autorización.

3.3 Principio de formalidad en la constitución.

3.4 Principio de integración discrecional.

3.5 Principio de no concentraciones indeseables.

3.6 Principio de especialidad.

3.7 Principio de separación.

3.8 Principio de inspección y vigilancia ad hoc.

3.9 Principio de denominación y actuación conjunta.

3.10 Principio de responsabilidad subsidiaria.

3.11 Principio de pulverización del capital.

Conclusión.

CAPÍTULO 5.- LAS AUTORIDADES REGULADORAS.

1 La función del Estado en el Sistema Financiero.

1.1 La rectoría económica del Estado.

1.2 Las funciones que cubren las autoridades.

1.2.1 Autorizaciones y concesiones.

1.2.2 Reglamentación.

1.2.3 Supervisión y Vigilancia.

2 La Banca Central.

2.1 Primeros desarrollos históricos.

2.2 El Banco de México.

2.2.1 Nacimiento.

2.2.2 Relación con gobierno. La Autonomía.

2.2.3 Emisión y circulación monetaria.

2.2.4 Operaciones del Banco de México.

2.2.5 Operaciones con el Gobierno Federal.

2.2.6 Operaciones con Instituciones de Crédito.

2.2.7 Reserva de activos internacionales.

2.2.8 Régimen cambiario.

2.2.9 Regulación de intermediación sistema financiero y sistema de pagos.

3 La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

4 Las comisiones supervisoras.

4.1 Supervisar.

4.2 Regular.

4.3 Autorizar.

4.4 Registros e información.

5 Otras.

5.1 La Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros

5.2 El Instituto de Protección al Ahorro Bancario.

Conclusión.

CAPÍTULO 6.- ASPECTOS CORPORATIVOS.

1 Estructura corporativa de las entidades que fungen como Intermediarios Financieros.

- 1.1 Constitución, duración y domicilio.
- 1.2 Denominación.
- 1.3 Objeto social.
- 1.4 Estatutos.
- 1.5 Capital.
 - 1.5.1 Capital mínimo.
 - 1.5.2 Capital neto.
 - 1.5.3 Acciones de tesorería.
 - 1.5.4 Parte adicional del capital.
 - 1.5.5 Libre suscripción.
 - 1.5.6 Depósito de las acciones en INDEVAL.
 - 1.5.7 Límites de tenencia.
- 1.6 Asambleas.
- 1.7 Consejo.
- 1.8 Funcionarios.
 - 1.8.1 Consejeros.
 - 1.8.2 Director general.
 - 1.8.3 Comisario.
 - 1.8.4 Contralor normativo, Comité de auditoría, Auditores externos.
 - 1.8.5 Funcionarios que ocupan las dos jerarquías siguientes.
 - 1.8.6 Control de la calidad de los funcionarios.
- 1.9 Fusiones y escisiones.
- 1.10 Disolución y liquidación.
- 1.11 Concurso.
- 2 Banca de Desarrollo.
- Conclusión.

CAPÍTULO 7.- LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

- 1 La contratación en general.
 - 1.1 Operaciones y contratos.
 - 1.2 El contenido de los contratos del sistema financiero.
 - 1.3 Las partes en la contratación del sistema financiero.
 - 1.4 Características de los contratos bancarios.
- 2 La contratación en particular.
 - 2.1 Operaciones pasivas. Contrato de depósito.
 - 2.1.1 El Depósito regular.
 - 2.1.2 El Depósito irregular.
 - 2.1.3 Modalidades de los contratos de depósito.
 - 2.1.4 Obligaciones adicionales.
 - 2.2 Operaciones Activas.
 - 2.2.1 Préstamo.
 - 2.2.2 Apertura de crédito.
 - 2.2.3 El concepto “línea de crédito”.
 - 2.2.4 Otras operaciones activas.
 - 2.3 Operaciones Neutras. Contrato de prestación de servicios.
 - 2.4 Otras operaciones. Contratos especializados.
 - 2.4.1 Arrendamiento financiero.
 - 2.4.2 Factoraje.
 - 2.4.3 Operaciones de Seguro y Fianza.
 - 2.4.4 Intermediación bursátil
- Conclusión.

CAPÍTULO 8.- LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.

- 1 Concepto de garantía en la contratación en el sistema financiero.
- 2 Fideicomiso de garantía.
 - 2.1 Antecedentes.

- 2.2 Su definición doctrinal.
 - 2.3 Ventajas y comparación con otras figuras de garantía.
 - 2.4 El fideicomiso de pago.
 - 2.5 El procedimiento de ejecución de los fideicomisos de garantía.
 - 2.6 Constitucionalidad del proceso de ejecución de un fideicomiso de garantía.
 - 2.6.1 Argumentos en contra de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución de la prenda.
 - 2.6.2 Argumentos a favor de la constitucionalidad del procedimiento.
 - 2.6.3 Consideraciones adicionales a tomar en cuenta en el caso específico del Fideicomiso en garantía.
 - 3 La Hipoteca Sobre Unidad Industrial Agrícola, Ganadera o de Servicios.
 - 3.1 Presentación del problema.
 - 3.2 Concepto de negociación, empresa unidad, establecimiento, etc.
 - 3.3 Antecedentes históricos de las garantías reales, la hipoteca y la hipoteca sobre unidad.
 - 3.3.1 Derecho romano.
 - 3.3.2 Derecho francés.
 - 3.3.3 Otros derechos.
 - 3.3.4 Derecho mexicano.
 - 3.4 La figura de la hipoteca sobre unidad.
 - Conclusiones.
 - 4 La Prenda sin transmisión de la posesión.
 - 4.1 Definición dogmática.
 - 4.2 Bienes objeto de la prenda sin transmisión de la posesión.
 - 4.3 Posesión y disposición de los bienes pignorados.
 - 4.4 Obligaciones garantizadas.
 - 4.5 Contenido del contrato de prenda.
 - 4.6 Constitución y efectos de la garantía.
 - 4.7 Prelación.
 - 4.8 Ejecución o liberación de la prenda.
 - 4.9 Registro.
 - 4.10 Delito.
 - 5 La Prenda bursátil.
 - 6 Otras garantías.
 - Seguros y Fianzas.
 - Cesión de Derechos.
 - “Recibo Confidencial”.
- Conclusión.

CAPÍTULO 9.- CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

- 1 La Electrónica en el Sistema Financiero.
- 2 El contrato y la forma que lo expresa.
- 3 Los instrumentos normativos sobre contratación electrónica en otros lados del mundo.
- 4 Los nuevos principios jurídicos.
 - 4.1 Imputación de efectos jurídicos.
 - 4.1.1 Ámbito espacial de validez de los contratos de operaciones electrónicas.
 - 4.1.2 El ámbito temporal de validez de los contratos de operaciones electrónicas.
 - 4.1.3 La identidad de quien celebra un acto jurídico.
 - 4.2 Neutralidad tecnológica.
 - 4.3 Equivalencia funcional.
 - 4.4 Uso de terceros confiables.
 - 4.5 No alteración del derecho preexistente.
 - 4.6 Buena fe.
 - 4.7 Libertad contractual.
 - 4.7.1 Contrato Normativo.
 - 4.7.2 El contrato de adhesión.
 - 4.7.3 La nueva “solemnidad”.

- 4.7.4 El riesgo de la no privacidad.
- 4.7.5 Primera norma: el pacto entre las partes.
- 4.7.6 Protección al consumidor.
- 4.8 Compatibilidad internacional.
- 5 La contratación electrónica de operaciones financieras.
 - 5.1 La Legislación que rige las operaciones del Sistema Financiero.
 - 5.2 La contratación electrónica en la legislación mercantil.
 - 5.2.1 Definiciones de conceptos.
 - 5.2.2 Presunciones.
 - 5.2.3 Celebración de contratos por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.
 - 5.2.4 La firma electrónica.
 - 5.2.5 El Prestador de Servicios de Certificación.
 - 5.2.6 El temor de la inseguridad.
 - 5.3 Los contratos electrónicos del sistema financiero.
 - 5.3.1 Contrato normativo.
 - 5.3.2 El contrato subyacente.
 - 5.3.3 Otros contratos.
 - 5.3.4 Elementos personales.
 - 5.3.5 La materia de los contratos.
 - 5.3.6 Los problemas de interpretación.
 - 5.3.7 La prueba.

Conclusión.

CAPÍTULO 10.- LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PÚBLICO.

Introducción.-La Ley y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa al Usuario de los Servicios Financieros.

- 1. Secreto Bancario y Financiero.
 - 1.1. Presentación.
 - 1.2. Secreto Bancario en México.
 - 1.3. Figura del Secreto Bancario.
 - 1.3.1. Sujeto obligado.
 - 1.3.2. Materia protegida por el secreto.
 - 1.3.3. Sujeto beneficiado.
 - 1.3.4. Sanciones.
 - 1.4. Develación del Secreto Bancario.
 - 1.5. Otras situaciones.
 - 1.6. El Secreto en materia de Sociedades de Información Crediticia.
 - 1.7. El Secreto Fiduciario.
 - 1.8. El Secreto en materia de Valores.
 - 1.9. El Secreto en materia de Instituciones de Fianzas.
 - 1.10. El Secreto en materia de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
 - 1.11. El Secreto en materia de Seguros.
 - 1.12. El Secreto en materia del Patronato del Ahorro Nacional y de Fideicomisos Públicos.
 - 1.13. El Secreto en materia de Sistemas de Ahorro para el Retiro.
 - 1.14. El Secreto en materia de Fideicomisos Públicos.
 - 1.15. Casos extraordinarios de comunicación de información.
- 2. Información Privilegiada.
- 3. Huelga.
- 4. Intervenciones Administrativas y Gerenciales y Administración Cautelar.
 - 4.1. Naturaleza Jurídica de la Intervención.
 - 4.2. Las Intervenciones en el Sistema Financiero Mexicano.
 - 4.2.1. Primer paso hacia la intervención.
 - 4.2.2. Intervención administrativa.
 - 4.2.3. Intervención gerencial.
 - a) Establecimiento.
 - b) Desempeño.

- 4.2.4. Administración cautelar.
- 5. Convenio de Responsabilidades en un Grupo Financiero.
- 6. Procedimientos de reclamaciones.
 - 6.1 Atención a consultas y quejas de la clientela.
 - 6.2 Procedimientos Administrativos para atender reclamaciones.
 - 6.2.1.- Disposiciones previas del procedimiento administrativo.
 - 6.2.2.- Desarrollo del Procedimiento Administrativo.
 - 6.2.3.- La reclamación ante tribunales.
- 7. Contratos de Adhesión.
 - 7.1 Validez Jurídica de los Contratos de Adhesión.
 - 7.2 La validación de los contratos de adhesión.
 - 7.2.1. Obligatoriedad de la revisión.
 - 7.2.2. El propósito de la función de revisión.
 - 7.2.3. Concepto de contrato de adhesión.
 - 7.2.4. Las consecuencias de la revisión.
- 8.- La Información a los usuarios de los servicios financieros.
- 9.- El Seguro sobre los depósitos de las Instituciones de Crédito.
- Conclusión.

CAPÍTULO 11.- LOS DELITOS Y LAS INFRACCIONES FINANCIEROS.

Presentación.

- 1 Especialidad de la materia.
- 2 Competencia federal.
- 3 Sujetos activos.
- 4 Petición necesaria.
- 5 Delitos dolosos.
- 6 Referencias de ocasión.
- 7 Penalidades.
- 8 Compatibilidad con otras figuras penales.
- 9 Prescripción.
- 10 Delitos de resultado.
- 11 Conductas típicas.
 - 11. 1 Practicar operaciones propias de un intermediario sin autorización.
 - 11. 2 Lavado de dinero.
 - 11. 3 Engaño para celebrar una operación.
 - 11. 4 Autorización indebida de una operación.
 - 11. 5 Delitos de servidores públicos de las autoridades reguladoras.
 - 11. 6 Recibir beneficios por la celebración de una operación.
 - 11. 7 Manipulación de instrumentos de pago.
 - 11. 8 Disposición o uso indebido de valores o bienes de la clientela.
 - 11. 9 Mal uso de la información.
 - 11. 10 Mal manejo de la contabilidad.
 - 11. 11 Operaciones con partes relacionadas.
 - 11. 12 Conductas misceláneas.
- 12. Delitos graves.
- 13. Política criminal.
- 14. Infracciones y Sanciones
 - 14.1 Conductas sancionadas.
 - 14.2 Autoridad sancionadora.
 - 14.3 Naturaleza de las sanciones.
 - 14.4 Sujetos de una sanción.
 - 14.5 Procedimiento.
- Conclusión.

CAPÍTULO 12.- OTRAS INSTITUCIONES CORPORATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

- 1 Interés público.
 - 2 Objetivo perseguido por las leyes.
 - 3 Legislación supletoria.
 - 4 Interpretación administrativa de la ley.
 - 5 Autorizaciones. Otorgamiento y revocación.
 - 6 Plazos para trámites con las autoridades y negativa ficta.
 - 7 Acreditada solvencia.
 - 8 Inversión de capital pagado y reservas.
 - 9 El sistema de entidades filiales del exterior.
 - 9.1.- Extranjerización paulatina.
 - 9.2.- El sistema de entidades filiales del exterior.
 - 9.3.- Oficinas de representación o sucursales de entidades financieras del exterior.
 - 10 Emisión de obligaciones subordinadas.
 - 11 Manejo de la contabilidad y conservación de información.
 - 12 Relaciones Laborales.
- Conclusión.

CAPÍTULO 13.- OTRAS INSTITUCIONES OPERATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

- 1 Apertura y cierre de sucursales y oficinas.
 - 2 Poderes.
 - 3 Estado de cuenta certificado por el Contador.
 - 4 Publicidad hecha por los intermediarios.
 - 5 Medidas de Seguridad.
 - 6 Trato fiscal de las operaciones.
- Conclusión.

CAPÍTULO 14.- CONCLUSIONES

- 1.- El mercado del dinero.
- 2.- Formación del Sistema Financiero Mexicano.
- 3.- El Sistema Financiero Mexicano.
- 4.- La agrupación financiera.
- 5.- Las autoridades reguladoras.
- 6.- Aspectos corporativos.
- 7.- Estructura jurídica de las operaciones del sistema financiero.
- 8.- Estructura jurídica de la garantía de las operaciones financieras.
- 9.- La tecnología al servicio de la estructura jurídica de las operaciones del Sistema Financiero Mexicano.
- 10.- La protección de los intereses del público usuario del Sistema Financiero Mexicano.
- 11.- Delitos e infracciones.
- 12.- Miscelánea corporativa del Sistema Financiero Mexicano.
- 13.- Miscelánea operativa del Sistema Financiero Mexicano.

SIGLAS Y ABREVIATURAS.

BIBLIOGRAFÍA.

PRESENTACIÓN

A modo de presentación, transcribo algunos párrafos del Protocolo de Investigación con el que se inició esta investigación:

El tema seleccionado se encuentra dentro de una curiosa mezcla entre el Derecho Público y el Derecho Privado lo cual demuestra una cierta tendencia en el pensamiento jurídico de la actualidad a ir desapareciendo la diferencia entre esta clasificación. Precisamente una de las hipótesis del trabajo es la de probar que existe un terreno sui generis del conocimiento jurídico que cubre la operación del sistema financiero y que comparte normas de Derecho Público (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Financiero) con normas de Derecho Privado (Derecho Civil y, sobre todo Mercantil) a la vez que suma, tanto de uno y de otro, los aspectos tanto nacionales como internacionales.

Lo que yo llamo “Sistema Financiero Mexicano” ha venido gestándose históricamente desde distintos orígenes y desarrollándose en forma independiente, llegando en algunas épocas hasta convivir como sistemas paralelos y opuestos entre sí. Hoy en día, de hecho, se están juntando. Se están juntando en el mundo a través del concepto “Banca Universal”. Nuestra legislación muestra ya alguna tendencia hacia ello.

Mi preocupación es dar cohesión doctrinal a ese fenómeno de la realidad y que empieza a aparecer en la legislación. Si se logra esa cohesión doctrinal, es posible pensar y a eso me gustaría que se llegara, en la existencia de una legislación unificada que conjunte las muy dispersas disposiciones normativas de la actualidad.

Otra razón que explica el presente proyecto es que en el actual estado del conocimiento se ha estudiado al Sistema Financiero Mexicano de una manera “vertical”, es decir se analiza cada una de las entidades del Sistema Financiero siguiendo sus elementos (Objeto, organización corporativa, operaciones autorizadas, medidas de protección al público, etc.). Lo que se pretende en esta investigación es hacer una disección “horizontal”, es decir, tomar cada uno de esos elementos de todas las entidades y compararlos entre sí para determinar los denominadores comunes que se dan en el Sistema (Organización corporativa de las entidades, medidas de protección al público en todas ellas, etc.).

Hipótesis básicas:

- Existe un Sistema Financiero Mexicano, es decir, un conjunto de elementos orgánicos que tienen por común denominador el estar relacionados con la intermediación financiera.
- El Sistema Financiero Mexicano conjunta en su realidad una simbiosis de elementos de Derecho Público y de Derecho Privado.

- Si se hace un estudio sistematizado, ordenando actuales normatividades dispersas, se encontrará en el Sistema Financiero Mexicano, una serie de Instituciones jurídicas que le son propias y exclusivas, cuya estructura, contenido y operatividad pueden ser motivo de análisis metodológico y sistemático.
- La tendencia hacia el futuro que hoy se percibe es el reconocimiento de las afirmaciones contenidas en tales hipótesis y la integración de un marco jurídico congruente.

Luis Manuel C. Méjan

CAPÍTULO 1

OBJETO DEL SISTEMA FINANCIERO. MERCADO E INTERMEDIACIÓN.

CONTENIDO:

1 El mercado.

2 La Intermediación Financiera, sus componentes.

Conclusión.

1.- El mercado.

El común denominador de la realidad cuyo estudio se aborda en el presente es la visión del dinero como una mercancía.

En efecto, desde que el dinero fue creado y utilizado, ha servido para varios propósitos, algunos de ellos son: concentrar un gran valor en un medio representativo fácil de trasladar, servir de unidad de cambio de mercancías, dar cumplimiento a obligaciones, servir de arranque y de palanca para el inicio de nuevos negocios, etc.

Uno de los efectos que ha tenido la generalización del uso del dinero ha sido que se ha convertido en sí mismo en una mercancía, en un producto deseado sobre el cual se puede establecer oferta y demanda, un precio y, por consiguiente, y por ser visto como una mercancía, se ha construido alrededor de él, el mismo aparato que cualquier mercancía requiere, es decir, un mercado.

Un mercado, en una primera acepción, es un sitio físico de intercambio donde concurren los productores a ofrecer su mercancía a los consumidores que acuden a adquirirla. (*Sitio público destinado a vender, comprar o permutar*, dice la Real Academia Española¹) En este entorno se hace referencia al **lugar** en el que se celebran operaciones y que puede ser temporal o permanente, fijo o itinerante. (“*Los viernes aquí se pone el mercado*”, “*Voy al mercado por lo que necesito*” serían expresiones populares que ilustran esta concepción).

En una segunda acepción, por mercado debe entenderse la celebración de acuerdos, es decir la **actividad** que despliegan las personas que ahí acuden a comerciar (*Contratación pública* dice la Real Academia Española). (“*Viajemos al lejano oriente, allá está el mercado*”; Otro ejemplo es la expresión usada en la Bolsa de Valores de Nueva York cuando la actividad ha sido pujante y los precios han aumentado se dice que el mercado se comporta como “toro” - *bull market*- o si está calmado, con precios a la baja se asemeja a un “oso” - *bear market*-).

Por último, por Mercado se entiende también el **estado que guarda el tráfico de una mercancía** en una comunidad en un momento dado. (*Conjunto de operaciones comerciales que afecta un sector de bienes o servicios* dice la Real Academia Española) Expresiones como “*El mercado del café está severamente contraído*”, “*El mercado automotriz experimenta un auge inusitado*” refieren esta acepción.

¹ Todas las citas del diccionario refieren a REAL ACADEMIA ESPAÑOLA . Diccionario de la Lengua Española. Madrid 1992.

Los tres sentidos pueden aplicarse al recurso dinerario, llamado también financiero (Financiero: *perteneciente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles*: Real Academia Española) :

Una sucursal bancaria es un lugar en donde se pueden hacer transacciones sobre dinero (depositar, pedir prestado, cambiar, comprar divisas, etc.).

De esa actividad han nacido varias profesiones específicas: el financiero, el banquero. Es notorio cómo en épocas de inflación y de inestabilidad económica las empresas subsisten más por las actividades y estrategias que despliega el director de finanzas mucho más que por la actividad que desempeñan los directores de producción, de ventas o de publicidad. El mundo de la Banca, de la Bolsa, de las Aseguradoras, de las Afianzadoras ha producido una gran cantidad de especialistas y de profesiones particulares a dicho mercado.

Por último, tan el dinero es un mercado en el sentido del estado que guarda el tráfico de una mercancía, que diariamente se observan las variantes en los precios de tal mercancía, páginas de diarios, horas de transmisiones de radio y de televisión se dedican a dar información sobre el estado que guarda “el mercado”.

Hay algunos autores que clasifican el mercado del dinero en interno y externo² para referir los fenómenos que suceden internamente en un país o en países ajenos. La distinción es práctica porque lleva a la necesidad de definir cuál es la regulación jurídica que aplica a determinadas operaciones, aunque es de observarse que en economías de mercado globalizado y con las grandes posibilidades de comunicación existentes hoy en día, la captación de recursos se puede hacer en un lugar independientemente del origen de los mismos y la colocación de ellos se puede dispersar a cualquier país del mundo. El dinero visto como mercancía produce que la actividad de transacción con tal mercancía se convierta en lo que se llama la **intermediación financiera**.

2.- La Intermediación Financiera, sus componentes.

Para que haya un mercado, se necesita que existan, en primer lugar, dos elementos básicos: una parte oferente, que propone el uso de un bien o mercancía y una parte demandante que requiere del uso de tal bien. En el mercado financiero se dan los dos extremos: hay una parte que ofrece su dinero porque no tiene un mejor uso que darle, los ahorradores, los inversionistas, los que buscan obtener un rendimiento de su fortuna, y hay una parte demandante, la que necesita crédito, la que necesita el dinero para su empresa, para adquirir bienes, para solventar un compromiso.

Un banco una vez utilizó como slogan publicitario una frase que es toda una definición de la intermediación financiera: “*¿Necesita dinero? , se lo prestamos. ¿No lo necesita?, se lo guardamos.*”

Dos expertos en materia de mercados financieros, los maestros de la Universidad de Nueva York: Lawrence S. Ritter y William L. Silber, explican así la naturaleza del mercado del dinero: “*Los mercados financieros son el mecanismo de transmisión entre los ahorradores-prestadores y los acreditados-gastadores. A través de una amplia variedad de técnicas, instrumentos e instituciones, los mercados financieros movilizan el ahorro de millones y los dirigen a las manos de acreditados-consumidores que necesitan más fondos*

² QUINTANA ADRIANO, ELVIA ARCELIA., Los Servicios Financieros en México y la Organización Mundial de Comercio. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 111, septiembre diciembre 2004. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

de los que disponen. Los mercados financieros son conductos a través de los cuales aquellos que no gastan todo su ingreso pueden dejar disponibles esos excedentes para aquellos que necesitan gastar más que su ingreso."³

Es menester considerar también que hay un tipo especial de recursos económicos que llegan al sistema financiero: aquellos que vienen no del ahorro sino de la inversión de recursos públicos que el Estado afecta a la inversión en financiamiento a sectores prioritarios.

La intermediación financiera cuenta pues con dos brazos: uno relacionado con la captación de recursos y otro relacionado con la colocación de los mismos. Estas dos actividades básicas: captación y colocación son las que han dado a la banca (primera históricamente en acceder a este mercado) y a las demás entidades financieras su terreno de desarrollo y de creatividad.

Las cuentas de cheques, las cuentas de ahorro, los bonos, las obligaciones, los portafolios de inversión, las sociedades de inversión, las cuentas maestras, son ejemplos de productos relacionados con la captación.

Las tarjetas de crédito, los préstamos de Habilitación o Avío, la emisión de obligaciones, los créditos hipotecarios industriales, los arrendamientos financieros, las operaciones de factoraje, son ejemplos de productos de colocación.

Algunos productos pueden verse desde los dos ángulos, por ejemplo una emisión de obligaciones, para quien las emite es una forma de hacerse de recursos, es una operación de colocación de recursos, mientras que para quien compra las obligaciones es una operación de captación pues está invirtiendo sus ahorros o sus sobrantes de tesorería.

En un mercado el oferente puede llegar directamente al demandante y completar la transacción, tal es lo que sucede en mercados populares (el tradicional tianguis prehispánico continuado hasta la actualidad, las ferias y las tiendas de fábrica) pero lo más usual es el que exista una persona que pone en contacto a los dos extremos, esta es una persona que sabe buscar a proveedores y a consumidores y "casar" la oferta con la demanda. Estos son los **intermediarios**.

Entre los dos elementos iniciales del mercado está pues, en segundo lugar, el intermediario financiero que ha puesto en contacto a ambos brazos del mercado: la oferta y la demanda.

Intermediario es el "*Que media entre dos personas y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías*" (Real Academia Española).

En los productos de captación el intermediario se convierte en deudor de los clientes, por ello esas operaciones se llaman **pasivas**; en los productos de colocación el intermediario se convierte en acreedor de los clientes, por ello esas operaciones se suelen llamar **activas**.

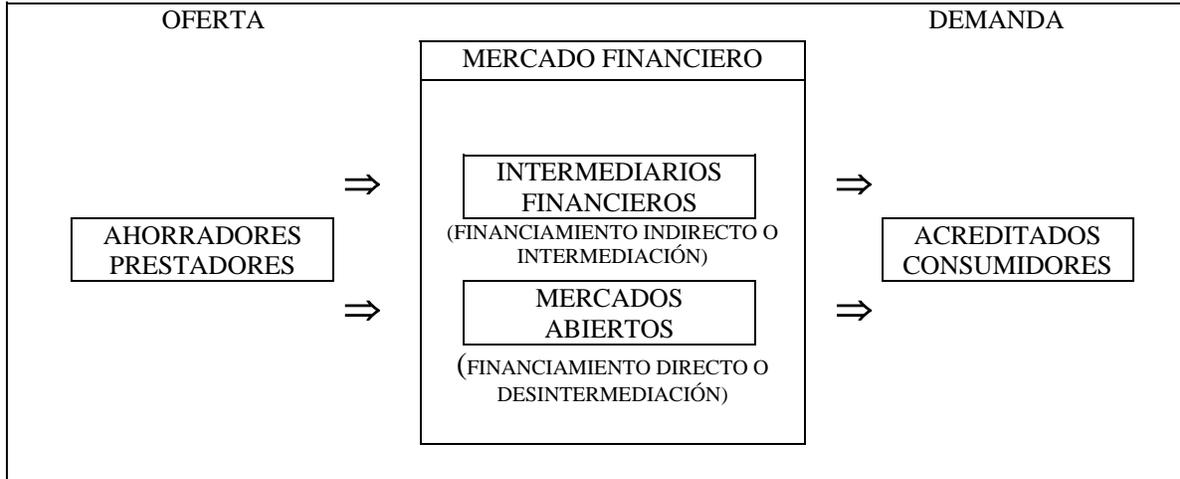
Específicamente el fenómeno **Intermediación** es el quehacer de todas las entidades que conforman un sistema financiero que puede ser explicado como la: "*Inversión a través de una institución financiera*". Lo contrario a **Desintermediación**: "*Retiro de fondos de una institución financiera para invertirlos directamente*".⁴

El cuadro 1 explica gráficamente la interacción del mercado financiero.

³ RITTER, LAWRENCE S. / SILBER, WILLIAM L. Principles of, Money, Banking, and Financial Markets. 5th edition. Basic Books, Inc. Publishers. New York. 1985. (Traducción libre del autor)

⁴ BREALEY, RICHARD AND MYERS, STEWART Principles of Corporate Finance. 2nd edition. Mac Graw Hill, New York, 1984, pags. 811 y 813.

Cuadro 1. FLUJO DE FONDOS EN EL MERCADO FINANCIERO



Los intermediarios financieros desarrollan además una serie de actividades que no están directamente relacionadas con los dos brazos de la intermediación, pues ni suponen captación ni colocación. Se trata más bien de servicios ofrecidos al público pero relacionados siempre con la mercancía materia prima de su actividad: el dinero. Así como un vendedor de automóviles no sólo compra y vende vehículos (intermediación) sino que también los repara y les da mantenimiento (servicio), así los intermediarios ofrecen **servicios**, también llamados operaciones **neutras**, tales como transferencias de fondos, servicios de pagos, cambio de moneda, servicio de cajas de seguridad, fideicomisos, etcétera.

La intermediación tiene dos géneros, a saber:

a).- Masiva.- La realizada tradicionalmente por Bancos. Es el intermediario quien contacta indistintamente oferentes y demandante repartiendo a su juicio el dinero. La actividad consiste en recibir recursos de quienes necesitan colocarlos y conjuntar una masa que coloca a discreción entre todos aquellos que acuden a él en demanda del financiamiento. En el Derecho de la Unión Europea, a esta intermediación se le suele llamar “Mercado del crédito” que *“se caracteriza por la interposición de la banca entre los depositantes de fondos y las empresas necesitadas de financiación.”*⁵

b).- Individualizada.- El intermediario contacta oferentes y demandantes concretos. Es la realizada principalmente por Casas de Bolsa y demás agentes del mercado de valores. En este caso se conoce una necesidad de colocación específica y una necesidad también especial de captación. Por ejemplo, el intermediario conoce una empresa que necesita hacerse de recursos y que puede hacer una emisión de capital, al mismo tiempo dicho intermediario conoce a una serie de empresas que requieren colocar sobrantes de tesorería para mantener un portafolio de inversiones diversificado. De éstas toma el dinero que aquella necesita.

La Ley de Instituciones de Crédito usa la expresión “intermediario” para referirse lo mismo a los propios bancos que a otras entidades que forman parte del sistema financiero, aún cuando no aborda una definición del concepto (véase por ejemplo, el artículo 2).

⁵ ZUNZUBEGUI, FERNANDO. Derecho del Mercado Financiero. Marcial Pons, Madrid 1997, pag. 16

Por su parte La Ley del Mercado de Valores, contiene una definición de qué debe entenderse por intermediación en el mercado bursátil que regula. El artículo 2 reza:

“Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

XV. Intermediación con valores, la realización habitual y profesional de cualquiera de las actividades que a continuación se indican:

- a) Actos para poner en contacto oferta y demanda de valores.*
- b) Celebración de operaciones con valores por cuenta de terceros como comisionista, mandatario o con cualquier otro carácter, interviniendo en los actos jurídicos que correspondan en nombre propio o en representación de terceros.*
- c) Negociación de valores por cuenta propia con el público en general o con otros intermediarios que actúen de la misma forma o por cuenta de terceros.*

La parte que se ha subrayado destaca la presencia del concepto básico del concepto intermediación.

En la práctica de algunos países - Estados Unidos por ejemplo- a esta actividad se le suele llamar “banca de inversión”. En el derecho de la Unión Europea este tipo de intermediación suele ser llamado “Mercado de Valores”, acepción sumamente usada en el léxico mexicano y es explicada como “*el mecanismo directo de asignación del ahorro a la inversión.*”⁶

Por último es necesario destacar otro fenómeno que tiene lugar en un mercado: las personas (físicas o morales) que ahí concurren no juegan un solo papel sino que intervienen en todos los papeles posibles. Una persona es ahorradora, pues lleva sus recursos a una entidad financiera, pero al mismo tiempo es usuaria de crédito con la misma o con otra institución, es decir, lo usual es que una persona juegue simultáneamente en los dos brazos de la intermediación.

Por su parte las entidades financieras que fungen como intermediarios, a su vez participan ellas mismas como oferentes de recursos y como demandantes de los mismos, cada entidad tiene necesidad de fondear los recursos que debe facilitar a sus clientes y ello lo pone en el brazo de la demanda; simultáneamente tiene necesidad de conservar e invertir una parte e sus recursos para mantener un posición financiera sana, esto le pone en el brazo de la oferta.

Conclusión.

El dinero, al ser manejado como una mercancía, constituye un mercado en toda la extensión del significado de tal término.

La actividad de transacción con tal mercancía se convierte en lo que se llama la intermediación financiera.

El manejo del dinero, su mercado y la función de intermediación financiera, constituyen el objeto sobre el que opera el Sistema Financiero.

⁶ Ídem página 17

CAPÍTULO 2

FORMACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA FINANCIERO.

CONTENIDO:

Presentación

1 Integración en la historia del Sistema Financiero.

1.1 Banca de Emisión.

1.2 Banca Central.

1.3 Banca Especializada.

1.4 Banca Departamental.

1.5 Banca Múltiple.

1.6 Banca Estatizada.

1.7 Grupos Financieros.

2 La presencia de la expresión “Sistema Financiero”.

2.1 El “Sistema Financiero” en las leyes relacionadas con la intermediación financiera.

2.2 El término “Sistema Financiero” en otras leyes.

2.3 Un subsistema: el Sistema Bancario.

3 Principios del Sistema Financiero.

Conclusión.

Presentación.

Sistema Financiero Mexicano, ¿Existe tal cosa? para quienes están en ese medio es una realidad muy clara. En cambio, no es algo que tenga una presencia expresa, contundente, en el léxico del legislador mexicano.

Se trata de una realidad que ha ido apareciendo paulatinamente para conformar un sistema orgánico que permite estudiarse en forma sistematizada y científica, alrededor de los fenómenos de captación de recursos (ahorro) y su inversión en actividades de consumo o de producción (colocación).¹

1. Integración en la historia del Sistema Financiero.

La banca ha sido, sin duda, el eje alrededor del cual ha florecido un sistema financiero así como las otras actividades del mundo financiero. Así sucede en México y en los países de la Comunidad Europea. En la cultura anglosajona incluso a los intermediarios del mercado de valores se les llama “**Banca** de Inversión” (*Investment Banks*).

El fenómeno financiero ha aparecido siempre de alguna manera en la vida de los hombres pero no vale la pena hacer alguna mención a la época prehispánica y la de la colonia pues los fenómenos de intermediación financiera que existieron no tienen la fuerza suficiente para impactar a través de la historia el sistema financiero del presente.

Incluso del primer medio siglo del México independiente poco se puede decir pues : “*los problemas bélicos y de inconsistencia política... retardaron...la instalación de instituciones crediticias, que por su naturaleza requieren un clima político más estable y una economía más sana.*”²

¹ “Sistema financiero es el conjunto de mercados e instituciones que permiten que una sociedad capte recursos desde las unidades económicas poseedoras de ahorro o unidades de gasto con superávit y se canalicen a las unidades económicas deficitarias. La función primaria que realiza el sistema financiero se circunscribe a poner en contrato a quienes desean prestar o invertir fondos con aquellos que quieren captar nuevos recursos.” GARCÍA CASTILLO TONATIUH. En *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Porrúa-UNAM, México 2002

² BATIZ VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO. Orígenes de la Banca en México. 1821 - 1911. Tesis para la Licenciatura en Historia. UNAM . México 1982.

Las actividades financieras de estas épocas eran cubiertas o por la Iglesia o por comerciantes prósperos que añadían a su regular giro, el recibir capitales a rédito y hacer préstamos. Algunas entidades como el Monte Pío, un Banco de Avío que impulsara Lucas Alamán, un banco de amortización de la moneda de cobre y diversos proyectos que nunca llegaron a consolidarse completaban el cuadro de un mercado no regulado e incipiente.

Un resumen de lo que fue la actividad legislativa en el inicio del México independiente, se presenta en el cuadro resumen respectivo.

Cuadro 1.- LEGISLACIÓN BANCARIA. MÉXICO INDEPENDIENTE³

16 octubre	1830	Ley que establece un Banco de Avío
17 enero	1837	Bases para establecer un Banco Nacional de amortización de moneda de cobre
20 enero	1837	Reglamento para el establecimiento del Banco Nacional
6 diciembre	1841	Decreto del Gobierno. Sobre extinción del Banco Nacional de Amortización
23septiembre	1842	Decreto del Gobierno. Se extingue el Banco de Avío
29 julio	1857	Decreto del Gobierno que permite el establecimiento de un Banco en la ciudad de México

1.1. Banca de emisión.

La creación del Banco de Londres México y Sudamérica en 1864, marca el inicio de la primera etapa. Tanto sucursal de la entidad inglesa como la creación de varias instituciones, unas en la ciudad de México y otras en Chihuahua surgidas unas como producto de una concesión y otras no, dan forma a esta primera fase histórica.

Durante un período de treinta años las instituciones debatieron entre sí y con las autoridades y se produjeron fusiones y alianzas que iniciaron la conformación de un sistema basado fundamentalmente en la práctica de la emisión de moneda en la que participaban varios de los bancos existentes.

El Gobierno de Porfirio Díaz, y específicamente su Secretario de Hacienda, Limantour, se dieron a la tarea de poner algún orden en ello, produciéndose la primera legislación bancaria ordenada: la de 1897.

La ley citada produjo por un lado un orden en la emisión de moneda, obligando a obtener concesión para ejercer dicha actividad e inició la etapa de la banca departamental, al crear la posibilidad de bancos hipotecarios y refaccionarios, además de los de emisión.

Enrique Martínez Sobral en su obra “Estudios Elementales de Legislación Bancaria” (Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas de Palacio Nacional, México, 1911) dice lo siguiente: “*El principio en que se inspira la ley de 1897, tratándose de los bancos de emisión, consiste en reconocer que el interés fundamental de estos bancos es el de la circulación fiduciaria y que, por tanto, así los esfuerzos legislativos, como los del Ejecutivo interventor, se encaminan a procurar la garantía de los billetes y depósitos que son, como lo sabemos, instrumentos esencialmente circulatorios.*”⁴

En esta época (1894) se inaugura la Bolsa de México S.A. que a partir de 1910 cambió su nombre por el de Bolsa de Valores de México S.A.

La obra legislativa de este período se resume en el cuadro número 2:

³ Este Cuadro, lo mismo que todos los que aparecen en este capítulo están tomados de los propios archivos del autor así como de las siguientes obras:

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México. 1957

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación sobre el Banco de México . México 1958

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México, 1980.

⁴ Citado por LAGUNILLA INÁRRITU, ALFREDO. Historia de la Banca y Moneda en México. Editorial JUS, México, 1981, página 46.

Cuadro 2. LEGISLACIÓN BANCARIA. BANCA DE EMISIÓN

20 abril	1884	Código de Comercio de 1884 de los Estados Unidos Mexicanos
1° junio	1888	Decreto autorizando al Ejecutivo para reformar la concesión del Banco Hipotecario v para contratar el establecimiento de instituciones de crédito
15noviembre	1889	Código de Comercio de 1889 de los Estados Unidos Mexicanos.
15noviembre	1897	Ley General de Instituciones de Crédito
16 febrero	1900	Ley sobre Almacenes Generales de Depósito
28 mayo	1904	Decreto sobre el uso de la palabra “Banco”
13 mayo	1905	Decreto que reforma la Ley de Instituciones de Crédito
19 junio	1908	Decreto que reforma la Ley de Instituciones de Crédito
29 mayo	1912	Decreto que reforma la Ley de Instituciones de Crédito
19noviembre	1912	Decreto que reforma la Ley de Instituciones de Crédito
20 diciembre	1913	Prórroga del plazo para el cumplimiento de las obligaciones de los Bancos de Emisión
1° enero	1914	Decreto que amplía el plazo establecido para que los Bancos de Emisión cumplan sus obligaciones
4 enero	1914	Decreto sobre la circulación fiduciaria de los Bancos de Emisión
7 enero	1914	Decreto que reforma la Ley de Instituciones de Crédito
14 enero	1914	Decreto que amplía el plazo establecido para que los Bancos de Emisión cumplan sus obligaciones
30 marzo	1914	Decreto que adiciona la Ley de Instituciones de Crédito
12septiembre	1914	Decreto que reforma la Ley de Instituciones de Crédito
29septiembre	1915	Decreto sobre la circulación fiduciaria de los Bancos de Emisión
26 octubre	1915	Circular que crea la Comisión Reguladora e Inspectoría de Instituciones de Crédito
5 enero	1916	Decreto que regula el establecimiento de casas de cambio.
4 abril	1916	Decreto que instituye una comisión que se denominará "Comisión Monetaria", con objeto de reorganizar la circulación de la moneda fiduciaria en la República
5 abril	1916	Decreto que crea un fondo regulador de la moneda fiduciaria, con objeto de garantizar su circulación
31 mayo	1916	Decreto que prohíbe las operaciones de cambio
3 julio	1916	Decreto que autoriza a reanudar las operaciones de cambio y permite la apertura de una bolsa de valores.
15septiembre	1916	Decreto sobre liquidación de los Bancos de Emisión
14 diciembre	1916	Decreto sobre liquidación de los Bancos de Emisión

1.2. Banca Central.

En los tiempos en los que en México se producen los conflictos bélicos a los que genéricamente se ha dado el nombre de “Revolución Mexicana”, con la consiguiente proliferación de la actividad emisora de moneda y papel que se explica por las circunstancias de los grupos que se alternan en el poder, una crisis bancaria en los Estados Unidos condujo a la creación de su sistema de Banca Central: el Sistema de la Reserva Federal (diciembre de 1913), proveyendo un ejemplo a seguir para dar fortaleza a un sistema bancario que, sin la presencia de una banca central, puede tender al desorden y al control por unos pocos de un mercado que debe ser visto con funciones de autoridad reguladora y no de negocios particulares.

El concepto de banca central es, sin embargo añejo, aunque la historia suele hablar acerca de que el primer banco central fue el Banco de Inglaterra, la indagación lleva a encontrar el primer fenómeno en Suecia en 1668.⁵

⁵ Véase DEANE MARJORIE & PRINGUE, ROBERT. The Central Banks. Penguin books USA Inc. New York, 1995.

México aborda la problemática legislando sobre el particular en una época en donde se traslapan la banca de emisión, la banca central y la banca especializada. Son hitos en esta época la disposición constitucional de crear un Banco único de emisión (artículo 28 de la Constitución de 1917) y su concreción retardada: la ley del Banco de México en 1925. Véase el siguiente cuadro resumen:

Cuadro 3. LEGISLACIÓN BANCARIA. BANCA CENTRAL

5 febrero	1917	Artículo 28 Constitucional. Banco único de emisión
2 junio	1917	Decreto que reforma el relativo a la liquidación de Bancos de Emisión
7 julio	1917	Decreto que designa a la Comisión Monetaria para liquidar a los Bancos de Emisión
25 octubre	1919	Decreto que deroga el que autorizó a la Comisión Monetaria para liquidar a los Bancos de Emisión
31 enero	1921	Decreto que reglamenta la liquidación y devolución de Bancos de Emisión
23 junio	1921	Decreto que regula la inversión de depósitos bancarios
30 noviembre	1921	Decreto que reforma el relativo a la liquidación y devolución de Bancos de Emisión
26 mayo	1923	Decreto que reforma el relativo a liquidación y devolución de Bancos de Emisión
26 mayo	1924	Decreto que concede moratoria a los deudores de Bancos Hipotecarios
26 mayo	1924	Decreto que levanta la moratoria para los Bancos Refaccionarios
14 agosto	1924	Ley de suspensión de pagos de Bancos o establecimientos bancarios
29 septiembre	1924	Ley sobre Banco Refaccionarios
24 diciembre	1924	Ley General de Instituciones de Crédito v Establecimientos Bancarios (LGICEB 1)
24 diciembre	1924	Decreto que crea la Comisión Nacional Bancaria
5 agosto	1925	Decreto que reforma la LGICEB1
25 agosto	1925	Decreto que reforma la LGICEB1
25 agosto	1925	Ley que crea el Banco de México
30 junio	1926	Ley de Bancos de Fideicomiso

1.3. La Banca Especializada.

Durante las primeras etapas de legislación sobre actividades financieras, el legislador mexicano reguló la existencia de diversas instituciones que practicaban distintas especialidades de dichas actividades. Ya en el cuadro que precede puede analizarse la aparición de una ley sobre Bancos Refaccionarios y una Ley sobre Bancos de Fideicomiso.

En una primera época, que giró alrededor de dos legislaciones básicas: una Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (1926) y otra denominada simplemente Ley de Instituciones de Crédito (1932), esta filosofía de banca por especialidades evolucionó hacia lo que deberá llamarse la banca “departamental” y que supone que una misma entidad jurídica podrá realizar diversos géneros de operaciones financieras pero manteniendo regímenes y contabilidades separadas.

En esta época empiezan a aparecer los antecedentes de las posteriores bancas de desarrollo, es decir instituciones públicas o gubernamentales que participan en el mercado financiero en segmentos de la economía de especial interés para el Estado. Nacional Financiera (1933), Banco Nacional de Crédito Ejidal (1935), Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (1933), Banco Nacional de Comercio Exterior (1937), Banco Nacional de Fomento Cooperativo (1944), Banco Nacional Cinematográfico (1947), Banco Nacional del Ejército y la Armada (1946) y otros que produjeron el fenómeno de las instituciones y organizaciones de crédito que se denominaron “**nacionales**” para diferenciarlas de las instituciones del sector privado.

He aquí las principales normas legisladas en esa época:

Cuadro 4. LEGISLACIÓN BANCARIA. BANCA DEPARTAMENTAL. 1ª época.

31 agosto	1926	Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (LGICEB)
26 enero	1927	Decreto que concede moratoria a los Bancos de Emisión
6 abril	1927	Decreto que adiciona la LGICEB
27 julio	1927	Decreto que reforma la LGICEB
17 agosto	1927	Decreto que adiciona la LGICEB
17 agosto	1927	Decreto que reforma la LGICEB
17 agosto	1927	Decreto que regula la actividad de las casas y agentes de cambio
20 agosto	1927	Decreto que reforma la LGICEB
15 marzo	1928	Decreto: prescripción de obligaciones a favor de Bancos de Emisión
16 mayo	1928	Decreto que reforma la LGICEB
6 junio	1928	Decreto que reforma la LGICEB
27 junio	1928	Decreto que sujeta a las bolsas de valores a la inspección de la CNB
25 agosto	1928	Decreto que reforma la LGICEB
22 mayo	1929	Decreto que reforma la LGICEB
21 mayo	1930	Deroga decreto que regula actividad de las casas y agentes de cambio
30 agosto	1930	Ley que regula la liquidación de los antiguos Bancos de Emisión
17 diciembre	1930	Decreto que reforma la LGICEB
3 marzo	1931	Decreto que reforma la LGICEB
21 enero	1932	Modifica Ley que regula legislación de antiguos Bancos de Emisión
28 junio	1932	Ley General de Instituciones de Crédito
24 agosto	1932	Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Crédito
16 febrero	1933	Decreto que modifica la Ley General de Instituciones de Crédito
6 marzo	1933	Decreto que adiciona la Ley General de Instituciones de Crédito
29 abril	1933	Decreto que adiciona la Ley General de Instituciones de Crédito
30 agosto	1933	Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Crédito
28 diciembre	1933	Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Crédito
13 junio	1934	Modifica Ley que regula liquidación de antiguos Bancos de Emisión
30 agosto	1934	Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Crédito
18 febrero	1935	Ley de Crédito Popular
15 marzo	1935	Reglamento de Cámaras Bancarias de Compensación Local
21 marzo	1935	Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Crédito
28 agosto	1936	Ley que reforma la General de Instituciones de Crédito
28 agosto	1936	Ley que reforma la de Crédito Popular
23 julio	1937	Decreto que adiciona la Ley General de Instituciones de Crédito
28 diciembre	1938	Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Crédito
30 diciembre	1939	Decreto que adiciona la Ley General de Instituciones de Crédito
28 diciembre	1940	Decreto que reforma la Ley de Crédito Popular

1.4. La Banca Departamental.

Un primer paso sólido de aglutinamiento de entidades que participan en el sistema financiero fue la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito de 1941.

Esta ley, que rigió la vida de las principales instituciones financieras del país hasta principio de los años ochenta se fincó en el principio de instituciones especializadas que poco a poco pudieron ir sumando especialidades hasta el grado de regular fusiones que darían paso a la Banca Múltiple.

Cuadro 5. LEGISLACIÓN BANCARIA. BANCA DEPARTAMENTAL. 2ª época

3 mayo	1941	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (LGICOA)
31 diciembre	1941	Decreto que reforma la LGICOA
21 agosto	1942	Decreto que adiciona a la LGICOA
28 diciembre	1942	Decreto que reforma la LGICOA
15 junio	1943	Decreto que reforma la LGICOA
3 agosto	1943	Decreto que adiciona la LGICOA
10 agosto	1943	Decreto que reforma la LGICOA
26 agosto	1943	Decreto que reforma la Ley de Crédito Popular
30 diciembre	1944	Ley del Ahorro Escolar
12 marzo	1945	Decreto que reforma la LGICOA
12 marzo	1945	Decreto que adiciona la LGICOA
30 diciembre	1945	Decreto que reforma la LGICOA
11 febrero	1946	Decreto que reforma la LGICOA y establece las operaciones de ahorro y préstamos para la vivienda popular o familia
11 febrero	1946	Decreto que reforma la LGICOA
11 febrero	1946	Decreto que reforma la LGICOA
12 febrero	1946	Decreto que reforma con carácter transitorio la LGICOA
30 diciembre	1947	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
30 diciembre	1947	Decreto que reforma la LGICOA
11 febrero	1949	Decreto que reforma la LGICOA
29 diciembre	1950	Decreto que reforma la LGICOA
29 diciembre	1950	Decreto que reforma la LGICOA
29 diciembre	1950	Decreto que reforma la LGICOA
29 diciembre	1950	Ley que reforma y adiciona la LGICOA
30 diciembre	1950	Decreto que adiciona la LGICOA
30 diciembre	1951	Decreto que reforma la LGICOA
27 diciembre	1954	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
27 diciembre	1954	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
29 diciembre	1956	Decreto que reforma la LGICOA
30 diciembre	1957	Decreto que reforma la LGICOA
29 diciembre	1962	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
27 diciembre	1963	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
4 enero	1965	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
27 diciembre	1965	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
7 diciembre	1967	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
27 diciembre	1970	Reforma y adiciones a LGICOA y Ley Orgánica de Banco de México
31 diciembre	1973	Decreto que reforma y adiciona la LGICOA
14 noviembre	1974	Ley que establece, reforma y adiciona diversas disposiciones fiscales
20 diciembre	1974	Decreto que reforma diversas leyes para concordarlas con el Decreto que reformó el artículo 43 y relativos, de la Constitución Política.

En este período (a partir de 1946) se instituyeron reglamentos y ordenamientos legales para que la Comisión Nacional de Valores estuviese en aptitud de regular la actividad bursátil.

A principios de los años setenta la legislación financiera permitió el que unos intermediarios financieros invirtieran capital en otros y así realizaran asociaciones para actuar conjuntamente y ofrecer al público de una manera unificada la mayor parte de servicios financieros disponibles (Artículo 99 bis de la Ley General de Instituciones de

Crédito y Organizaciones Auxiliares). Estas inversiones, que muchas veces conllevaban piramidaciones de capital, fueron los primeros “grupos financieros” y fueron abriendo el paso para la siguiente época.

1.5. La Banca Múltiple.

La aparición de la Banca Múltiple es el último gran paso de desarrollo de la Banca Mexicana hacia una visión globalizadora de la actividad financiera y jala consigo a todo el sector financiero.

Primero en 1974 la Ley invitó a diversas entidades financieras a que terminaran su situación de “banca departamental” o “banca especializada” y conformaran fusiones entre ellas. La exposición de motivos de la iniciativa del entonces presidente Echeverría decía: *“...en otros varios países del mundo, donde se ha ido abandonando, gradualmente, el concepto de la banca especializada para evolucionar hacia el sistema de la banca múltiple o general, esto es, hacia instituciones que operan los diversos instrumentos de captación de recursos, a plazos y en mercados diferentes, y que ofrecen a su clientela servicios financieros integrados. La banca múltiple o general ha cobrado así una situación competitiva superior a la de la banca especializada, ya que, por una parte, al tener diversificada su gama de instrumentos de captación de recursos, está en condiciones de adaptarse en forma más eficiente a las variaciones de los mercados financieros y, por la otra, de servir mejor a su clientela al ofrecer, en forma integrada, los apoyos crediticios que requiere.”*⁶

Los grandes grupos financieros existentes entonces, aceptaron la invitación de la incipiente “banca múltiple” y procedieron a fusionar sus bancos con financieras e hipotecarias.

El experimento fue positivo, tanto que a fines de 1978 se reforma la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares para desaparecer la banca departamental y establecer como único concepto de prestación de servicios bancarios a la Banca Múltiple. La iniciativa del Ejecutivo dice sobre el particular: *“El segundo grupo de reformas comprende el régimen de regulación de las operaciones de la Banca Múltiple, que ha tenido tal aceptación entre las instituciones del sistema bancario, al grado de alcanzar poco más del 90% de los recursos que maneja el propio sistema.... Para estructurar y regular la operación de la banca múltiple, partiendo esencialmente de la supresión de los departamentos especializados se propone la adición del capítulo...especial de banca múltiple (que) recoge y ordena las disposiciones vigentes de la banca especializada suprimiendo las incompatibilidades...”*⁷

Cuadro 6. LEGISLACIÓN BANCARIA. BANCA MÚLTIPLE

29 diciembre 1974	Decreto que reforma y adiciona las leyes LGICOA, general de instituciones de seguros y federal de instituciones de fianzas
16 marzo 1976	Reglas para el establecimiento y operación de Bancos múltiples
26diciembre1978	Decreto de reformas al artículo 109 de la LGICOA
27diciembre1978	Decreto de reformas y adiciones a la LGICOA
29diciembre1978	Decreto que reforma la LGICOA
7 enero 1980	Decreto que reforma el segundo párrafo del artículo 144 de la LGICOA
7 enero 1980	Decreto de reformas a la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, a la Ley

⁶Tomado de SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México, 1980.

⁷Tomado de la exposición de motivos de la iniciativa de Ley enviada por el Ejecutivo al Congreso.

	Orgánica del Banco de México y a la LGICOA, artículos 20 inciso b), 70 y 13
30diciembre1981	Decreto que reforma la LGICOA.

1.6. La Banca Estatizada.

La nacionalización de la banca interrumpió el proceso globalizador de los sistemas financieros pues separó tajantemente la actividad de los Bancos de la actividad de los demás jugadores en el mercado de la intermediación financiera impidiendo el que unos fueran dueños de capital de los otros o que se establecieran alianzas permanentes entre unos y otros. Un ejemplo ilustra esta separación a rajatabla: los bancos podían realizar y ofrecer a su público una serie de servicios en el mercado de valores pero debían utilizar por lo menos cinco casas de bolsa ya que no debían concentrar en cualquiera de ellas más del 20% de los negocios que generaran.

Para ello, el primer paso fue el generar una reforma constitucional que declaró como actividad reservada al Estado mexicano, el servicio público de Banca y Crédito que sería prestado a través de “instituciones”.

El siguiente paso fue la regulación de las “instituciones” que deberían, conforme el mandato constitucional, ser las prestadoras del servicio competencia del Estado. Así nació la primera Ley del Servicio Público de Banca y Crédito que, fundamentalmente, creó la estructura corporativa de las llamadas Sociedades Nacionales de Crédito. Esta estructura corporativa se ha mantenido posteriormente para las instituciones llamadas de Banca de Desarrollo.

En lo operativo y funcional se dejó viva la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares del Crédito.

Posteriormente (diciembre de 1984) una nueva Ley del Servicio Público de Banca y Crédito y una Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (14 de enero de 1985) derogaron a la anterior y a la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares del Crédito para crear el estatuto jurídico que regiría hasta 1990 el cual se completó con las diversas reformas que fue necesario ir haciendo a otras leyes del sistema financiero. (Véase a continuación el cuadro de legislación durante esta época).

Cuadro 7. LEGISLACIÓN BANCARIA. BANCA ESTATAL

1º septiembre1982	Decreto de Nacionalización de la Banca
6 septiembre1982	Decreto complementario de la Nacionalización
17noviembre1982	Reforma al artículo 27 Constitucional
29noviembre1982	Reformas Ley Orgánica Banco de México
27 diciembre 1982	Ley Reglamentaria de La Fracción XVIII del Artículo 73 Constitucional en lo que se Refiere a la Facultad del Congreso para Dictar Reglas para Determinar el Valor Relativo de la Moneda Extranjera
31diciembre1982	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito
22 diciembre 1983	Reformas a la LMEUM
27 diciembre 1983	Reformas LGISMS
28diciembre 1983	Reformas a la Ley del Mercado de Valores
30 diciembre 1983	Ley Reglamentaria de la Fracción XII bis del apartado B del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
24 diciembre 1984	Reformas a la LMEUM
31diciembre 1984	Reformas a Ley Federal de Instituciones de Fianzas

	Ley Orgánica Banco de México
14 enero 1985	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito
	Ley de Sociedades de Inversión
	Expedición de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito
	Reformas LGISMS
8 febrero 1985	Reformas a la LMV
27 diciembre 1985	Reformas a la Ley del Mercado de Valores
8 enero 1986	Reformas a la LMEUM
20 enero 1986	Expedición de la Ley de la Casa de Moneda de México
	Expedición de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior
7 mayo 1986	Reformas a la LMEUM
26 diciembre 1986	Reformas a la LGOAAC
	Expedición de la Ley Orgánica de Nacional Financiera
31 diciembre 1986	Reformas a la Ley del Mercado de Valores
	Reformas a Ley de Sociedades de Inversión
9 noviembre 1987	Reformas a la LMEUM
5 enero 1988	Reformas a Ley Federal de Instituciones de Fianzas
19 enero 1988	Decreto que reforma y adiciona la LRSPBC
17 junio 1988	Reglas sobre oficinas de representación de entidades financieras del exterior (art. 7 LRSPBC)
27 diciembre 1989	Decreto que reforma, deroga y adiciona LRSPBC
3 enero 1990	Decreto que reforma, deroga y adiciona Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito
	Decreto que reforma, deroga y adiciona LGISeguros
	Decreto que reforma, deroga y adiciona LFIFianzas
4 enero 1990	Decreto que reforma, deroga y adiciona Ley del Mercado de Valores
	Decreto que reforma, deroga y adiciona Ley General de Sociedades de Inversión

1.7. Grupos Financieros.

La visión del Estado Mexicano cambió a fines de los ochenta, las señales que se leían de las tendencias internacionales apuntaban a dos fenómenos: la internacionalización de toda la actividad mercantil y entre ella la actividad financiera y el acercamiento hacia el concepto “Banca Universal” que busca concentrar los intermediarios con el propósito de ofrecer al público toda la gama de servicios financieros sin que se tenga que acudir a muchos de ellos.

El primer paso consistió en abandonar la dogmática constitucional acerca de que el servicio de banca y crédito era un servicio público que debía ser prestado por el Estado. De esa manera se reformó el artículo 28 Constitucional para hacer desaparecer la adición introducida al párrafo quinto del mismo en el año de noviembre de 1982.

La aparición en julio de 1990 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras fue la piedra de toque para conformar un sistema financiero pues se empieza a ocupar por vez primera de una regulación conjunta de las entidades que participan de la actividad de intermediación financiera.

La idea fundamental de esta legislación es propiciar que los inversionistas del sistema financiero constituyan una empresa controladora que a su vez invierta en una diversidad de intermediarios financieros de entre todos los que conjuntan el “sistema financiero mexicano” el cual no es definido en ningún lugar.

Un fenómeno de la realidad contribuye con un elemento o ingrediente importante: cuando en 1982, por el proceso de nacionalización, se acaba la posibilidad para el

inversionista de ser propietario de bancos, los entonces propietarios buscaron mantenerse en el negocio de intermediación financiera e invirtieron en o mantuvieron las casas de bolsa, las aseguradoras o las afianzadoras que antes habían hecho grupo con sus bancos. Las consejas populares y la prensa decían que los banqueros ahora eran “casa bolseros” y que se había creado una “banca paralela”. Lo que es cierto, es que esos nueve años produjeron un sector bursátil pujante y fuerte. Cuando se da el proceso inverso de reprivatización, son los propietarios de casas de bolsas los que voltean sus ojos a la banca y adquieren los bancos para asociarlos a sus casas de bolsa y completar el paquete básico de la intermediación financiera.

El fenómeno, en menores dimensiones, se presentó también con las compañías de seguros y, por supuesto, con otro tipo de inversionistas que irrumpieron en el negocio. Cuando se produjo todo el proceso de la reprivatización, los inversionistas preguntaban a promotores y autoridades: ¿Qué estamos comprando?, ¿Estamos comprando un banco o también una casa de bolsa y otras entidades? Lo cierto es que en la mayoría de los casos, adquirieron acciones de empresas controladoras que serían las principales accionistas de bancos, casas de bolsa y otros intermediarios. El negocio ya no era bancario solamente, sino que era el negocio de los Grupos Financieros.

La mentalidad había cambiado radicalmente, ya no se trata de hacer “banca”, hacer “bolsa”, hacer “seguros”, hacer “arrendamiento financiero”, hacer “factoraje”, se trata de hacer intermediación financiera total, se trata de hacer banca universal.

Este cambio en la mentalidad de los inversionistas era el propósito buscado por las autoridades y por las reformas legales, se había conseguido el dar un paso revolucionador en el mundo financiero.

Una característica de la legislación en esta época (que ya venía empezando a aparecer en la época anterior de la banca estatizada) es que cuando una de las leyes relativas del Sistema Financiero se reforma, se reforman congruentemente todas ellas lo cual es revelador de que en el ánimo del legislador se ha venido conformando la idea de que los intermediarios no actúan aislados sino que todos conjuntan un sistema financiero mexicano. Véase el siguiente cuadro:

Cuadro 8. LEGISLACIÓN BANCARIA Y FINANCIERA. GRUPOS FINANCIEROS

4 enero 1990	Reformas a la LMV
18 julio 1990	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras
18 julio 1990	Ley de Instituciones de Crédito
18 julio 1990	Reformas a la LGOAAC, LMV, LFIF, LGISMS,
23 julio 1990	Reformas a la LMEUM
27 diciembre 1991	Reformas a LGOAAC
9 junio 1992	Reformas a LRAF, LIC
22 junio 1992	Reformas a la LMEUM
8 diciembre 1992	Reformas a la LMEUM
28 diciembre 1992	Reformas a LSI
14 julio 1993	Reformas LFIF, LGISMS
15 julio 1993	Reformas a LGOAAC
23 julio 1993	Reformas a LRAF, LMV, LIC.
9 septiembre 1993	Reformas a la LMEUM
23 diciembre 1993	Reformas a LRAF, LIC, LMV, LSI, LGOAAC, LGISMS, LFIF, LMEUM, Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional.
23 diciembre 1993	Expedición de la Ley del Banco de México
22 julio 1994	Reformas LIC

15 febrero 1995	Reformas a LRAF, LIC, LMV
28 abril 1995	Reformas a LIC, LMV, LSI.
28 abril 1995	Expedición de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores
17 noviembre 1995	Reformas a LIC, LMV, LGOAAC, LFIF, LBM, LGISMS
30 abril 1996	Reformas a LRAF, LIC, LMV, LGOAAC,
2 mayo 1996	Reformas a LMV
23 mayo 1996	Reformas a LRAF, LIC, LMV, LGISMS
23 mayo 1996	Expedición de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro
24 mayo 1996	Reformas LONF
3 enero 1997	Reformas LFIF, LGISMS
7 mayo 1997	Reformas a LIC, LMV, LGOAAC, LFIF, LGISMS
23 enero 1998	Reformas LBM, LCNBV, LSAR
18 enero 1999	Expedición de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros,
18 enero 1999	Reformas a la LIC, LSI, LCNBV, LMV, LGOAAC, LGISMS, LSAR
18 enero 1999	Expedición de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros
19 enero 1999	Reformas a la LIC LBM, LMV, LRAF
19 enero 1999	Expedición Ley de Protección al Ahorro Bancario
17 mayo 1999	Reformas a LIC, LFIF, LMV, LGOAAC, LGISMS, LSAR.
10 noviembre 1999	Reformas LFIF
31 diciembre 1999	Reformas LGISMS
4 enero 2000	Reformas a la LIC, LSAR, LFIF, LGISMS
5 enero 2000	Reformas a la LPDUSF, LGOAAC
23 mayo 2000	Reformas a la LIC
6 junio 2000	Reformas LGISMS
29 diciembre 2000	Reformas a la LGOAAC
29 diciembre 2000	Expedición de la Ley que crea el Fideicomiso que Administrará el Fondo para el Fortalecimiento de Sociedades y Cooperativas de Ahorro y Préstamo y de Apoyo a sus Ahorradores (LFAFFSCAPAA)
1 junio 2001	Reformas LPAB, LCNBV, LMV, LGOAAC.
1 junio 2001	Expedición de la Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.
4 junio 2001	Expedición de la Ley de Ahorro y Crédito Popular
4 junio 2001	Reformas a la LIC, LGOAAC, LRAF
11 octubre 2001	Expedición de la Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal
2 enero 2002	Reformas LCS
15 enero 2002	Reformas LRAF
16 enero 2002	Reformas LFIF, LGISMS
24 junio 2002	Reformas a la LIC, LONF, LOSHF, LOBANSF, LOBNCE.
10 diciembre 2002	Reformas LSAR
12 diciembre 2002	Expedición Ley de Sistemas de Pagos
24 diciembre 2002	Reformas a la LIC, LGISMS, LSAR, LRAF, LMV.
26 diciembre 2002	Expedición de la Ley Orgánica de la Financiera Rural
30 diciembre 2002	Expedición de la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado
30 diciembre 2002	Reformas LFAFFSCAPAA
15 enero 2003	Expedición de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia
27 enero 2003	reformas a la LACP
13 junio 2003	Reformas a la LIC ,LTFCCG, LMV, LGOAAC, LFIF, LGISMS.
23 enero 2004	Reformas a la LCNBV, LMV, LRSIC.
26 enero 2004	Expedición de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los

	Servicios Financieros
28 enero 2004	reformas a la LACP, LIC, LMV, LFAFFSCAPAA, LSAR, LFIF, LGOAAC, LGISMS.
28 enero 2004	Reformas LIC
11 mayo 2004	Reformas a la LMEUM
16 junio 2004	Reformas a la LIC
29 junio 2004	Reformas LFAFFSCAPAA
5 noviembre 2004	Reformas LIC
11 enero 2005	Reformas LSAPR
7 febrero 2005	Reformas LTFCCG
12 mayo 2005	Reformas LPDUSF
20 junio 2005	Reformas LCNBV
28 junio 2005	Reformas LACP
7 julio 2005	Reformas LPDUSF
1 agosto 2005	Reformas LOBANSF, LOBNCE, LOBNOSP
30 noviembre 2005	Reformas LIC
30 diciembre 2005	Reformas LIC
30 diciembre 2005	Expedición de la Ley del Mercado de Valores.
24 abril 2006	Reformas Ley Contrato de Seguro, LFIF, LGISMS
6 junio 2006	Reformas LPDUSF
22 junio 2006	Reformas a LOSHF
6 julio 2006	Reformas a LIC, LRAF, LPAB
18 julio 2006	Reformas a LIC, LRAF, LGOAAC, LGISMS, LFIF, LACP, (además: LGTOC, LISR, LIVA, CFF, LIE)

¿Qué sucederá en el futuro? La congruencia con la evolución de la estructura legislativa y con la manera como se va conformando este Sistema Financiero Mexicano es que, así como desaparecieron las normas de las bancas especializadas para fusionarse en un sólo cuerpo legal, la legislación del sistema financiero evolucionará a un sólo cuerpo en donde se reúnan todas las cosas que son comunes y, en diversos capítulos, se consignen las diferencias propias de cada actividad financiera que lo requiera.

2. La presencia de la expresión “Sistema Financiero.

El uso del término “Sistema Financiero” fue apareciendo casi involuntariamente. Legislaciones anteriores a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras ya hacían referencia a un “sistema financiero” con el que aludían a todas las entidades que participaban en el mercado de la intermediación financiera, ya fuera como intermediarios o como reguladores o normadores.⁸ Este empleo ha venido conformando un verdadero sistema al reconocer una realidad existente tanto de hecho como de derecho.

2.1. El “Sistema Financiero” en las leyes relacionadas con la intermediación Financiera.

Sin dogmatizar sobre la existencia de tal realidad, la Legislación Financiera hace consistentes referencias a su existencia. En ocasiones la expresión se usa completa “Sistema Financiero Mexicano”, en otras se elimina el apellido “mexicano” y en otras se

⁸Jesús Silva Herzog, Secretario de Hacienda, escribía en 1980, al prologar la obra “ Legislación Bancaria” editada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público: “ *El sistema financiero mexicano ha jugado en los últimos años un papel medular en el proceso de desarrollo del país. En este contexto el aparato bancario, en su conjunto, se ha constituido como el instrumento más importante de intermediación financiera.*”

substituye por “del país”. Las últimas leyes que se han creado y las últimas reformas a las existentes, han abundado en el uso de la expresión. Un ejemplo significativo se da en el dictamen de las Comisiones del Congreso que aprobaron las leyes de Protección al Ahorro Bancario y Ley Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicadas en el Diario Oficial en enero de 1999 en donde se alude numerosamente al Sistema Financiero Mexicano y en la Ley del Mercado de Valores de 30 de diciembre de 2005. Véase en el Cuadro 9 una relación de las referencias que las leyes financieras hacen de la expresión:

CUADRO 9. LA EXPRESIÓN “SISTEMA FINANCIERO” EN LAS LEYES FINANCIERAS

LEY	ART.	TEMA	DISPOSICIÓN
INSTITUCIONES DE CRÉDITO	23	Consejeros	“Ejercer empleo en el S. F.”
	25	Facultad	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
	106	Facultad	“Desarrollo sano del S. F”
BANCO DE MÉXICO	2	Fin del BM	“Promover el sano desarrollo del S.F.”
	24	Regulación Monetaria	Disposiciones para el “Sano desarrollo del S.F.
	30	Facultades de B.M.	Refiere a las “comisiones supervisoras del S.F.”
	36	Facultades derivadas	Ídem
	39	Requisitos miembros Junta de Gobierno	Para ser miembro de la Junta de Gobierno se requiere haber desempeñado “cargos de alto nivel en el S.F.”
	39	“	Refiere a “cargos en el S.F.”
	49	Emolumentos	Cita “evolución de remuneraciones en el S.F.”
MERCADO DE VALORES	2	Definiciones	“leyes que regulan el SF”
	22	Sociedades Anónimas Bursátiles	“leyes especiales del SF” (varias fracciones)
	86	Inscripción de valores	“leyes que regulan el S. F”
	87	Inscripción de valores	“leyes que regulan el S. F”
	112	Adquisición de acciones	“leyes que regulan el S. F”
	113	Intermediarios del mercado de valores	“leyes del S. F”
	124	Administración	Inhabilitados para ejercer empleo en el S. F
	378	Delitos	Inhabilitados para empleo en el S. F
	388	Persecución de delitos	“hechos ilícitos que afecten el S. F”
	391	Sanciones	Afectaciones al S.F. y Equilibrio del S. F
	393	Suspensión de empleo	Inhabilitación dentro del S. F
	394	Definición de inhabilitación	Emplearse en el S. F
COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES	2	Objeto de la CNBV	“Sano desarrollo del S.F. mexicano” “Supervisar actividades previstas en leyes del SF”
	4	Facultades CNBV	“Supervisar actividades previstas en leyes del SF” “Leyes que regulan el SF” “Delitos previstos en las leyes del SF”
	5	Supervisión	“Para adecuado funcionamiento del SF” “Actividades previstas en las leyes del SF”
	6	Regular	“Normas prudenciales conforme las leyes del SF”
	15	Presidente	”Desempeño de puestos en el S.F.” “No inhabilitado para cargo en el S.F.”
	10°Trans	Autorizaciones	“Leyes relativas al S.F.”

SOCIEDADES DE INVERSIÓN	12	Consejeros	“No inhabilitados para cargo en el S.F.”
	80	Facultades	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
ORG. Y ACT. AUXILIARES DEL CRÉDITO	74	Funcionarios de Organizaciones y Casas de Cambio	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
REGULAR LAS AGRUPACIONES FINANCIERAS	2	Autorizaciones	“El desarrollo equilibrado del S.F. del país”
	25	Consejeros	“Inhabilitados para cargo o comisión en el S.F.”
	27	Sanciones	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
	36	Normas SHCP	“Evitar concentración indebida para el S.F.”
SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO	10	Pdte CONSAR	“No inhabilitado para cargo en el S.F.”
	52	Sanciones	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
	64	Conflictos	“Relaciones con entidades que integran el S.F.”
INSTITUCIONES DE FIANZAS	15	Organización	”Desempeño de puestos en el S.F.”
	82	Facultad	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
INSTITUCIONES MUTUALISTAS Y DE SEGUROS	29	Consejeros	“No inhabilitado para cargo en el S.F.”
	31	Facultad Comisión	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
	35 y 82	Funciones	“Sus operaciones y uso de recursos sean congruentes con las que le corresponden en el conjunto del S. F.
PROTECCIÓN AL AHORRO BANCARIO	78	Requisitos de los vocales del IPAB	“Cargo en el S.F. mexicano”
	80	Facultades de junta de Gobierno	“Condiciones imperantes en el S.F. “
	5° T	Régimen de cambio	“El SF absorberá...”
PROTECCIÓN Y DEFENSA DE USUARIOS DEL SISTEMA FINANCIERO		Título	“Usuarios del Sistema Financiero”
	11	Objeto de la Comisión	“Prestatarios que no pertenezcan al S.F.:"
	11	Objeto de la Comisión	“Sano desarrollo del S.F. mexicano”
	24	Requisitos del Presidente	“Cargo en el S.F. mexicano”
AHORRO Y CRÉDITO POPULAR	21	Requisitos Consejeros	“No inhabilitado para cargo en el S.F.”
	67	Requisitos Comité de Supervisión	“No inhabilitado para cargo en el S.F.”
	137	Aplicación normas penales	“Las Entidades y los Organismos de Integración forman parte del Sistema Financiero”
SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA	9	Requisitos Director y Consejeros	“No inhabilitado para cargo en el S.F.”
	9	Facultad	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
	58	Facultad	“Inhabilitar para cargo o comisión en el S.F.”
FINANCIERA RURAL	6	Régimen	“Integrante del SFM”
	28	Consejero	“No inhabilitado para cargo en el S.F.”
SOCIEDAD HIPOTECARIA FEDERAL	21	Requisitos del director general	“Experiencia en SF”

Las menciones citadas en las leyes financieras hacen referencia, según se desprende del cuadro, fundamentalmente a cuatro diversas ópticas sobre el Sistema Financiero:

- a) Una es sobre el ejercicio o desempeño de cargos, puestos o comisiones dentro del Sistema Financiero Mexicano, ya sea para exigirlos como requisitos a fin de calificar para el desempeño de una función o para su registro, así como para usarlo de sanción a aquellas personas que han incurrido en una conducta reprobable.

- b) Otro de los usos que se da a la expresión va relacionado con el logro de un sano desarrollo y funcionamiento del llamado Sistema Financiero y de las entidades que lo conforman.
- c) Un tercer empleo es el de referir a las leyes que conforman el Sistema Financiero.
- d) Un cuarto uso hace referencia a la pertenencia de determinadas entidades al Sistema Financiero

La conclusión debe ser que aún cuando las leyes financieras no producen una definición de qué cosa es el Sistema Financiero Mexicano, es obvio que en la mente del legislador está claro que existe tal sistema.

2.2. El término “Sistema Financiero” en otras leyes.

Las menciones que en otras leyes se hacen del término Sistema Financiero parten de una petición de principio: el Sistema Financiero está ya definido y conocido, así se habla de los empleados, las instituciones, los valores emitidos, los contratos hechos con, las autoridades del, etcétera, el Sistema Financiero. Incluso ya hay algunas normas que no refieren a “las instituciones que forman parte de” sino que directamente pasan a llamar solamente el “Sistema Financiero” (véase Cuadro 10).

**CUADRO 10
LA EXPRESIÓN “SISTEMA FINANCIERO” EN OTRAS LEYES**

Ley	Art.	Tema	Mención al Sistema Financiero
Turismo	28		“Valores emitidos por instituciones del S.F.
Desarrollo Rural sustentable	116 121	Objetivos de ley y autoridades	“Promoverá la integración del Sistema Nacional de Financiamiento Rural con la banca de desarrollo y la banca privada y social.”
Aguas Nacionales	Título Octavo bis	Regulación de la SHCP	“Sistema financiero del agua”
Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal	42	Responsabilidad del SF	Fomentar el desarrollo microindustrial a nivel nacional
Protección al Consumidor	63 bis	Administradores de empresas de servicios de comercialización	No podrán serlo los inhabilitados para desempeñar puestos en el SF.
Código de Comercio	102	Prestadores de servicios de certificación de firmas electrónicas	No podrán operar o tener acceso los inhabilitados para desempeñar puestos en el SF.
Concursos Mercantiles	316	integrar la Junta directiva del IFECOM	No podrán los inhabilitados para desempeñar puestos en el SF
	326	especialistas	No podrán serlo los inhabilitados para desempeñar puestos en el SF
	337	especialistas	Cancelar el registro a los que sean inhabilitados para desempeñar puestos en el SF
Presupuesto de Egresos de la	varían cada		Refiere Hace referencia al SF como medio que ayude a la distribución de recursos.

INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

Federación	año		
Ley Aduanera	84-A	Cuentas aduaneras de garantía	Depósitos en las instituciones del sistema financiero, para garantizar el pago de las contribuciones y cuotas compensatorias.
Código Fiscal	46-A	Visitas	Plazo de 6 meses no aplica a instituciones del S.F (sino 1 año).
	84-C	Infracciones de usuarios y cuentahabientes de bancos	Omisión total o parcial o darlos incorrectos de la información relativa a datos para el RFC.
	84-D	Multas	Agravada para usuarios del sistema financiero.
	87	infracciones empleados públicos	Revelar a terceros información que las instituciones que componen el sistema financiero hayan proporcionado a las autoridades fiscales.
	114-B	Delito servidor público	Revelar a terceros información que instituciones del SF proporcionan a autoridades fiscales.
Impuesto Al Activo	1	Obligados	Empresas que componen el S.F.
	2	Activos	Operaciones contratadas con el S.F.
	5	Deducción	Deudas contratadas con el S.F.
	5-B	Activos no afectos	Empresas que componen el S.F.
	14	Definiciones	S.F. como lo dice L.I.S.Renta.
	Trans		Referencias a Empresas que componen el S.F.
Valor Agregado	18-A	Valor gravable	Créditos otorgados por instituciones del S.F.
Renta	8		Define S.F.
	58	Retención y entero en caso de pagos por intereses	Excepción en caso de pagos entre integrantes del SF.
	59	Obligaciones	Entidades SF informarán pagos a cuentahabientes.
	67	Consolidación	Exclusión del sistema a las empresas del SF.
	89	Reducción de capital	Exclusión a empresas del SF en caso de escisión.
	121	Quitas y reducciones	Tratamiento a las otorgadas por el SF.
	159	Intereses pagados	Trato cuando pagan empresas que no forman el SF
	176	Deducibilidad	Pagos de intereses a empresas del SF por créditos para casa habitación y obligación de éstas de informar.
Código Federal de Procedimientos Penales	180	Petición de información.	Petición de documentos relativos al S.F.
Código Penal Federal	211 bis 4 al 211 bis 6	Delitos informáticos Encubrimiento	Información de las entidades del SF. "Empleados de instituciones que integran el S.F."
	400 bis	Lavado de dinero	Define S.F. para efectos de ese artículo
Entidades Paraestatales	4	Aplicación de legislación propia	"Entidades paraestatales que formen parte del sistema financiero"

Llaman especialmente la atención las referencias que hacen las siguientes dos disposiciones:

Artículo 8 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

*“El **sistema financiero**, para los efectos de esta Ley, se compone por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, sociedades controladoras de grupos financieros, almacenes generales de depósito, administradoras de fondos para el retiro, arrendadoras financieras, uniones de crédito, sociedades financieras populares, sociedades de inversión de renta variable, sociedades de inversión en instrumentos de deuda, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa, casas de cambio y sociedades financieras de objeto limitado, que sean residentes en México o en el extranjero. Asimismo, se considerarán integrantes del sistema financiero a las sociedades financieras de objeto múltiple a las que se refiere la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que tengan cuentas y documentos por cobrar derivados de las actividades que deben constituir su objeto social principal, conforme a lo dispuesto en dicha ley, que representen al menos el setenta por ciento de sus activos totales, o bien, que tengan ingresos derivados de dichas actividades y de la enajenación o administración de los créditos otorgados por ellas, que representen al menos el setenta por ciento de sus ingresos totales. Para los efectos de la determinación del porcentaje del setenta por ciento, no se considerarán los activos o ingresos que deriven de la enajenación a crédito de bienes o servicios de las propias sociedades, de las enajenaciones que se efectúen con cargo a tarjetas de crédito o financiamientos otorgados por terceros.*

Tratándose de sociedades de objeto múltiple de nueva creación, el Servicio de Administración Tributaria mediante resolución particular en la que se considere el programa de cumplimiento que al efecto presente el contribuyente podrá establecer para los tres primeros ejercicios de dichas sociedades, un porcentaje menor al señalado en el párrafo anterior, para ser consideradas como integrantes del sistema financiero para los efectos de esta Ley.”

Artículo 400-bis Del Código Penal Federal.

*“Para los mismos efectos, **el sistema financiero** se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.”*

Tales disposiciones parecen constituir “definiciones” de la realidad materia del presente apartado. Pero ¡atención!, las definiciones que proveen las leyes fiscales y penales distan mucho de ser las definiciones que son necesarias para el conocimiento científico del Sistema Financiero Mexicano. Esas definiciones no hacen sino proveer de manera práctica una “interpretación auténtica” (se llama interpretación auténtica a la que es elaborada por el propio legislador) a fin de que en materias de interpretación estricta como lo son las materias fiscal y penal, no haya remisiones a otras disposiciones legales. Eso quiere decir que “Sistema Financiero” tal como es definido por esas leyes sólo refiere a la realidad restringida que esas leyes contemplan.

En suma, si las leyes nunca han sido ni tratados de derecho ni de gramática, menos aún las leyes de aplicación estricta como las penales y las fiscales. (En alguna ocasión una disposición fiscal declaró que las “galletas eran pan”, el que pan y galletas tengan el mismo trato fiscal no quiere decir que ontológicamente sean lo mismo).

2.3. Un subsistema: el Sistema Bancario.

Donde si se encuentra una definición es en la Ley de Instituciones de Crédito que refiere la existencia de un “Sistema Bancario”. El artículo 3 de dicha ley dispone:

“El Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquéllos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan.”

Lo que hace está disposición, independientemente del anacronismo que supone el que alguna de esas instituciones ya no existe, es reconocer, dentro del Sistema Financiero Mexicano, la existencia de un subsistema que se refiere a la realidad bancaria entendiendo por tal las funciones de intermediación masiva en el mercado financiero.

La norma incluye en primer término a la banca central, fenómeno que a pesar de ser de reciente creación, pues aparece en la historia a principios del siglo XX presenta síntomas de que ya no se desprenderá de la práctica financiera. En segundo término incluye a la banca múltiple que es el grueso de la operación bancaria y la típica actividad de intermediación. Incluye también a la banca de desarrollo que es la banca usada como instrumento del Estado para promover determinadas funciones económicas de interés público conforme al principio de rectoría económica. En ese mismo sentido acumula los fideicomisos destinados a tales funciones y a los específicamente encomendados al Banco Central: así, FIRA, FOBAPROA en su oportunidad, son ejemplos de tales realidades. Por último incorpora un ente peculiar en la realidad nacional mexicana que es el Patronato del Ahorro Nacional, de naturaleza sui generis.

Posteriormente a la redacción del artículo comentado, la Ley de Instituciones de Crédito dio lugar a un tipo especial de Sociedades que se regularon por la propia ley de Instituciones de Crédito y que, por lo mismo, deben entenderse como formando parte del Subsistema Bancario: las Sociedades Financieras de Objeto Limitado (SOFOL).

Tales sociedades tienen como peculiaridad el tener restringida su captación (sólo instrumentos colocados en el registro Nacional de Valores e Intermediarios) así como su colocación (sólo en determinada actividad o giro). Es decir, ejercen la intermediación masiva pero en forma restringida.

El legislador mexicano en una muestra de mala técnica legislativa las reguló como una excepción a la prohibición de dedicarse a la intermediación sin tener la autorización para fungir como Banco. Lo lógico hubiera sido ubicarla como un capítulo específico de la Ley de Instituciones de Crédito o como una Organización Auxiliar del Crédito.

Sin llamarlo así, la Ley del Mercado de Valores de 2005 ha creado otro subsistema: el bursátil puesto que crea toda una red de instituciones intermediarias o prestadoras de servicio y soporte a la actividad del mercado de valores.

3.- Principios del Sistema Financiero.

Al mercado del dinero y su intermediación se le ha visto por el sistema mexicano como una globalidad de un fenómeno conjunto. A dicho fenómeno se le ha venido tratando, como se verá más adelante con legislaciones, sistemas y autoridades ad hoc. Además dicho trato conjunto ha venido conformando una serie de principios que guiarán todo el quehacer en el mercado de la intermediación financiera.

Estos principios, fundamentales en la comprensión del fenómeno, son enunciados aquí y explicados brevemente, puesto que su desarrollo y detalle, se encontrará a lo largo de este trabajo.

3.1.- Principio de Control por el Estado.

El mercado financiero y la intermediación en él es considerada por la legislación mexicana, iniciando desde la Constitución, como una actividad prioritaria para el Estado y por tanto, formando parte de su atribución de ejercer rectoría en ella. Este principio se hace presente mediante cuatro mecanismos: un régimen de autorizaciones y concesiones para las entidades financieras; el sistema de inspección y vigilancia; las facultades regulatorias y, por último, la participación directa en el mercado a través principalmente de la Banca de Desarrollo.

3.2.- Principio de Especialización y Pluralidad Asociada.

Las actividades propias de este mercado se llevan a cabo por entidades que se especializan en alguna de las áreas del mercado, así hay: bancos, casas de bolsa, instituciones de seguros, instituciones de fianzas, empresas de factoraje, sociedades financieras de objeto limitado, etcétera. Al mismo tiempo se propicia, por un lado, el que algunas de las entidades empiecen a practicar algunas de las actividades propias de otras, por ejemplo, los bancos pueden hacer arrendamiento financiero; las casas de bolsa y las instituciones de seguros pueden hacer algunos fideicomisos. Por otro lado la tendencia a que las entidades se agrupen a partir de una controladora marca un propósito claro en este sentido.

3.3.- Estabilidad de las instituciones financieras.

A consecuencia de la facultad rectora del Estado en la materia económica, ha habido preocupación por cuidar que las entidades financieras mantengan viabilidad económica en el mercado y conserven la confianza del público usuario así como la de inversionistas extranjeros. A esto apuntan las facultades para decretar intervenciones administrativas y gerenciales, así como la operación de mecanismos como los fondos o institutos de apoyo al ahorro bancario y al mercado de valores.

3.4.- Principio de libre competencia.

Al mercado financiero en México puede concurrir cualquiera interesado en invertir y desempeñar la actividad de intermediación. El sistema está abierto a todos, ciertamente hay parámetros y acotamientos en materia de porcentajes, de nacionalidad, de objetos sociales de personas morales pero ello supone tan solo una regulación para que las cosas se den dentro del control y rectoría del Estado.

3.5.- Pulverización del capital.

Salvo casos especialmente contemplados por las leyes, ninguna persona física o moral, o grupos de personas que tengan nexos entre sí puede acumular participaciones accionarias, o

en general de capital, que sean dominantes. Los grupos de control están supervisados y los máximos de tenencias autorizadas celosamente supervisados.

3.6.- Principio de actuación expedita.

Las operaciones del mercado financiero caen dentro del espectro de la operación mercantil que de por sí es regulada en forma expedita y liberándola de cortapisas que son usuales en las operaciones comunes reguladas por el Derecho Civil. Dentro de esta especie, las operaciones del mercado financiero requieren aún más significativamente este principio: formalidades de celebración de operaciones, agilidad en la ejecución de garantías, sencillez en las formas de acreditar representación, operaciones por medios electrónicos, etcétera, no son sino unos cuantos ejemplos de los terrenos donde se da este principio.

3.7.- Protección a los intereses del público.

El mercado financiero y las labores de intermediación están fundamentadas en la confianza del público usuario, en la medida que ésta se de, el sistema, y la economía en general, serán sólidas. Por ello es menester que los intereses y la protección al “consumidor” de los servicios sean significativos. Secreto financiero, procedimientos de consultas y aclaraciones, arbitrajes de autoridades, fondos, institutos y comisiones de protección, diversos seguros, son ejemplos de los lugares donde se da esta protección.

Conclusión.

El Sistema Financiero Mexicano se ha venido formando históricamente a partir del eje central de la banca en sus funciones de emisión, central, especializada, departamental, múltiple y en los grupos financieros.

La expresión “Sistema Financiero” ya forma una realidad consistente en la legislación mexicana.

Los principios rectores de la actividad del Sistema Financiero son:

Control por el Estado.

Especialización y pluralidad asociada.

Estabilidad de las instituciones financieras.

Libre concurrencia.

Pulverización del capital.

Actuación expedita.

Protección a los intereses del público.

CAPÍTULO 3

COMPOSICIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

CONTENIDO:

Presentación.

1 Los elementos que componen el Sistema Financiero.

1.1 Elemento personal.

1.1.1 Los intermediarios.

1.1.2 Las autoridades reguladoras.

1.1.2.1 El Banco de México.

1.1.2.2 Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

1.1.2.3 Comisiones supervisoras de la actividad financiera.

1.1.2.4 Otras.

1.2 Elemento formal.

1.2.1 Normatividad: Legislación y Reglamentación.

a) Constitución.

b) Legislación propia del sistema financiero.

c) Reglamentos.

1.- Reglas o disposiciones generales.

2.- Circulares.

d) Otra Legislación.

1.- Legislación relacionada con las operaciones.

2.- Relacionada con la existencia y funcionamiento de las entidades.

1.2.2 Concurrencia de figuras de Derecho Público y de Derecho Privado.

a) Derecho Privado.

b) Derecho Público.

1.- Labor de regulación.

2.- Inspección y Vigilancia.

3.- Otorgamiento de autorizaciones y concesiones.

4.- Práctica de la Intermediación.

5.- Ejercicio de la Banca Central.

1.3 Elemento material.

2 Conclusión.

Apéndice - Disposiciones reglamentarias ordenadas por las leyes del sistema financiero.

1. Los elementos que componen el Sistema Financiero.

Un análisis científico doctrinal lleva a la conclusión de una realidad específica que se puede denominar “Sistema Financiero” y que está compuesto por los siguientes elementos, es decir las “cosas, reglas o principios que racional y ordenadamente enlazados entre sí contribuyen a determinado objeto” como reza la definición de ciencia del diccionario de la Academia:¹

- a) Elemento personal: que incluye en un primer grupo a las entidades, públicas o privadas, que hacen de alguna de las formas de intermediación su objeto social y,

¹ De Alba Monroy da esta explicación del Sistema Financiero Mexicano: “Conjunto de instituciones, dependencias del Poder Ejecutivo Federal, organismos y personas que norman, regulan, supervisan y apoyan a las instituciones que prestan servicios de intermediación bancaria y bursátil o de otorgamiento de seguros y fianzas y que operan y constituyen el mercado de dinero y el mercado de capitales, cuya autoridad máxima es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público” DE ALBA MONROY, JOSÉ DE JESÚS ARTURO. El Mercado de Dinero y Capitales y El Sistema Financiero Mexicano”. Editorial Pac, SA de CV. México 2000, página 50.

en un segundo grupo a las autoridades reguladoras del mercado financiero y conductoras de la planeación económica.

b) Elemento formal: Marco jurídico ad hoc.

c) Elemento material: Instituciones de derecho que le dan cohesión y carácter.

1.1. Elemento personal.

Refiere a los sujetos, entidades jurídicas, públicas y privadas que están involucradas en la actividad de intermediación. En un primer grupo estarán aquellos sujetos dedicados a las labores de intermediación y, en un segundo grupo, se encuentran las autoridades reguladoras del sistema.

1.1.1 Los intermediarios.

Aquí juegan principalmente personas morales, aunque algunas actividades, cada vez menos, pueden ser desempeñadas por personas físicas. Las personas pueden ser de derecho privado o de derecho público, hay entidades que participan formando parte del sector paraestatal. Una enumeración de estos sujetos sería:

Sociedades Controladoras.

Subsistema Bancario:

Banco de México.

Instituciones de Banca Múltiple.

Sociedades Financieras de Objeto Limitado.

Instituciones de Banca de Desarrollo que incluyen al Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.²

Fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico.

Fideicomisos para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México.

Entidades de Ahorro y Crédito Popular.

Organismos de Integración (federaciones y confederaciones) del sistema de ahorro popular).

Subsistema bursátil.

Sociedades anónimas promotoras de inversión

Sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil

Sociedades anónimas bursátiles

Casas de bolsa

Asesores en inversiones

Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Almacenes Generales de Depósito.

Sociedades de Ahorro y Préstamo.

Uniones de Crédito.

Casas de Cambio.

Sociedades Financieras de Objeto Múltiple Reguladas

Instituciones de Fianzas.

² Otras son: Agroasemex, S.A., Banco Nacional de Comercio Exterior, SNC, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, SNC., Banco nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, SNC, Nacional Financiera, SNC, Sociedad Hipotecaria Federal, SNC y existen, al escribir esto, varias instituciones en proceso de desincorporación (algunas almacenadoras, el sistema de bancos rurales, la financiera azucarera, etcétera)

Instituciones de Seguros.
Sociedades Mutualistas de Seguros.
Administradoras de Fondos de Ahorro para el Retiro.
Sociedades de Inversión (en todas sus variantes: de inversión de renta variable; en instrumentos de deuda; de inversión de capitales, y de objeto limitado.)
Sociedades Operadoras de Sociedades de Inversión.
Sociedades Distribuidoras o Valuadoras de Acciones de sociedades de inversión
Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro.
Filiales del exterior que operan como alguna de estas entidades.
Empresas en que las anteriores entidades tienen invertido capital.
Empresas de promoción.
Entidades financieras del exterior.
 Empresas que prestan servicios auxiliares o complementarios.
 Agencias u oficinas de representación de entidades financieras extranjeras.
Entidades que brindan soportes operativos.
Sociedades de Información Crediticia.
Procesadoras de sistemas del SAR.
Las procesadoras de documentos y de compensación.
Las que brindan seguridad a las entidades.
Agentes de Seguros y de Fianzas.
Socios operadores y liquidadores del mercado de futuros.
 Organismos autorregulatorios.
 Bolsas de valores.
 Sociedades que administran sistemas para facilitar operaciones con valores.
 Sistemas de negociación extrabursátil con acciones no inscritas en el Registro.
 Instituciones para el depósito de valores.
 Contrapartes centrales de valores.
 Proveedores de precios.
 Instituciones calificadoras de valores.
 Valuadores Profesionales.

La enunciación de tantos sujetos parece sugerir una diáspora que difícilmente se puede aglutinar, pero todas estas entidades tienen un común denominador importante: se ocupan del mercado financiero, es decir su actividad esencial, la que se deriva de sus objetos sociales (si son empresas) o de sus propósitos definidos por la ley (si son entidades públicas), es la actividad relacionada con la intermediación de recursos dinerarios que se da en el seno del mercado correspondiente.

Este común denominador hace de esta actividad y de las entidades que a ella se dedican, un conjunto de fenómenos que tienen unidad, que pueden ser estudiados y presentados en forma sistemática, que generan una o varias actividades profesionales definidas, que han desarrollado una serie de técnicas peculiares y que permiten el estudio, investigación y profundización de los mismos, esto es, se dan los supuestos para que exista

una rama del conocimiento que puede tener independencia del resto del saber. *“La importancia económica de las actividades de las entidades financieras está fuera de toda duda. Sin embargo, su relevancia jurídica no deriva principalmente de este hecho. Las diferencias cuantitativas o de magnitud no explican la existencia de un Derecho aplicable a este tipo de empresas. Si en esencia los problemas de las entidades financieras fuesen los comunes al resto de las empresas, bastaría con desarrollar la normativa general del Derecho mercantil”*.³

1.1.2. Las autoridades reguladoras.

En la pirámide jerárquica del gobierno mexicano, existen algunas autoridades creadas para regular, supervisar o autorizar al sistema financiero mexicano.

Inicialmente, la lógica indica que las labores gubernamentales sobre el sistema financiero debieran estar concentradas en una sola autoridad claramente identificada que cubriera todas las funciones de concesión, regulación, supervisión y otras. La verdad es que esto no es así en México... ni en ningún otro país. Al parecer forma parte de la naturaleza de lo financiero el que deban distribuirse las funciones en múltiples instancias gubernamentales que interactúan como una serie de contrapesos.

Al menos podría parecer sensato que una autoridad fuera la reguladora (típicamente el banco central), otra la autorizadora (La Secretaría de Hacienda), otra la supervisora (las comisiones) y así sucesivamente, pero no, ese no es el criterio y lo que sucede es que todas las autoridades hacen un poquito (o un mucho) de todo.

1.1.2.1. El Banco de México.

El Banco de México desempeña dos facetas: una como un jugador más dentro del sistema financiero y otra como regulador de actividades de los demás participantes.

Entre las funciones de la banca central se encuentran actividades típicas del mundo financiero, del mercado del dinero y de la intermediación, tales como la emisión de moneda, ser el banco de bancos, poder regular las condiciones de costos de los productos financieros, ser el prestamista de último recurso, etcétera.

1.1.2.2 Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Aún cuando su participación en el sector financiero no es la única de las funciones asignadas a esta Secretaría, puede decirse que ocupa una parte sumamente importante de su quehacer.

A ella están encomendadas las funciones de: autorización, pues es quien concede las autorizaciones para casi todos los participantes en el sistema tanto para participar en el sistema como para los actos más significativos de su vida (fusiones, aumentos de capital, reformas de estatutos, etcétera); regulación, ya que es la encargada de dictar las reglas y disposiciones generales ordenadas por la ley; verificación pues las entidades deben hacerle llegar los elementos de una serie de actos corporativos que requerirán su aprobación para poderse concluir e incluso inscribir en Registros Públicos.

Esta Secretaría actúa también bajo el concepto de “cabeza de sector” para las entidades públicas del sector financiero en las que participa el gobierno del país, como es el caso de las instituciones de la Banca de Desarrollo.

³ ZUNZUNEGUI FERNANDO. Derecho del Mercado Financiero. Marcial Pons. Madrid 1997. página 20.

Además a la Secretaría de Hacienda las leyes le han dado la peculiar función de ser la intérprete “para efectos administrativos” de las leyes financieras. Esa función significa que su interpretación debe ser vinculatoria para todas las autoridades que participan y para las entidades sólo en aquello que supone actividad regulatoria. No puede entenderse de otra manera pues darle más beligerancia sería sustituir las funciones que corresponden al poder legislativo o al poder judicial.

1.1.2.3 Comisiones supervisoras de la actividad financiera.

A estas comisiones, que se han estructurado, dentro de la pirámide administrativa del gobierno mexicano, como órganos desconcentrados, corresponde fundamentalmente la inspección y vigilancia de las entidades del sistema. Asimismo acumulan algunas facultades regulatorias (por ejemplo en materia de contabilidad).

Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Comisión Nacional del Seguro de Ahorro para el Retiro.

Debe añadirse a la Comisión para la Defensa al Usuario de Servicios Financieros (CONDUSEF) que concentra algunas de las funciones que tenían las otras Comisiones (quejas de clientes, revisión de contratos de adhesión, revisión de campañas publicitarias) y añade algunas no adjudicadas a ninguna: orientación al público, llevar el Registro de Instituciones Financieras, etc.

El Instituto de Protección al Ahorro Bancario ejerce algunas funciones que le permiten fijar normas a la banca e incluso intervenir en ellas cuando hay señales de deterioro de su capacidad de operar con seguridad para los depositantes.

Las comisiones supervisan las entidades que realizan las actividades que su nombre indica, aunque también ejercen supervisión sobre las empresas de servicios que las entidades constituyen y las controladoras de los grupos financieros. La controladora de un grupo financiero se asigna a la inspección y vigilancia de la comisión que la practica respecto de la entidad integrante que sea considerada como “preponderante” por la Secretaría de Hacienda tomando en cuenta su capital contable y otros elementos. (Artículos 30 y 27 Ñ de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras).

1.1.2.4 Otras.

Lo cierto es que todas las autoridades tienen su medida de competencia en las entidades y en las actividades del sector financiero cuando unas y otras caen dentro del ámbito de competencia de dichas autoridades.

Un ejemplo de ello puede ser la autoridad de los ministerios públicos y las respectivas Procuradurías cuando investigan delitos. Recuérdese que en las leyes financieras se encuentran capítulos penales que tipifican conductas delictivas.

Sin embargo, hay que decir que muchas autoridades han venido siendo excluidas de intervenir en algunas de las actividades del sector financiero por así disponerlo específicamente las leyes. Por ejemplo, las autoridades locales no pueden intervenir en materia de servicio público de banca y crédito ni imponer contribuciones a las instituciones de crédito pues así lo establece el artículo 73 constitucional. Otro ejemplo, la Procuraduría del Consumidor no tiene competencia en materia de instituciones y organizaciones cuya supervisión esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores, Seguros y

Fianzas y Sistema de Ahorro para el Retiro y cuyo manejo de quejas está confiado a la CONDUSEF.

Incluso la materia fiscal (facultad de gravar a las entidades financieras, principalmente bancos y aseguradoras) ha sido objeto de jurisprudencia y de tesis contradictorias en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Otro ejemplo es el caso de la comunicación de información en donde todas las autoridades que tienen alguna función de investigación al amparo de las leyes que las regulan se ven limitadas cuando se trata de información relacionada con actividades financieras pues éstas están sujetas a una regulación específica (Secreto bancario, secreto bursátil o similares).

De algunas otras autoridades se han producido discusiones acerca de la procedencia de su competencia. Tal es el caso de la Comisión Federal de Competencia Económica. Cuando ésta fue creada e inició a tomar medidas en la materia financiera, varios bancos impugnaron la competencia de su autoridad y la aplicabilidad de la Ley Federal de Competencia a su esfera e incluso promovieron algunos procedimientos de Amparo que se llegaron a ganar, sin embargo, al parecer por negociaciones directas de las autoridades, tales amparistas abandonaron sus procedimientos aceptando la autoridad de la Comisión y la aplicación de la ley. Los juicios de amparo se abandonaron y no llegó a establecerse una decisión jurisprudencial al respecto.

Una polémica ha llevado a enfrentar a autoridades locales (casos en el Distrito Federal y Guadalajara) con entidades financieras en el renglón de facultades sobre el tema de seguridad que hasta ahora se han venido resolviendo en el sentido de no ingerencia de las autoridades locales en esa materia. En otros tiempos, similares controversias se presentaron en temas como medidas de higiene, licencias municipales, etc.

Lo cierto es que debe entenderse que las entidades financieras son personas jurídicas como cualesquier otra y en ese sentido quedan sujetas a las autoridades y regulaciones que les atañen en tanto que tales.

1.2. Elemento formal.

El Sistema Financiero cuenta con un marco jurídico ad hoc, compuesto de cuerpos legislativos creados ex profeso, así como toda una serie de regulaciones reglamentarias administrativas.

En ese marco jurídico debe reconocerse que participa legislación que si bien no es creada ex profeso para el sistema financiero sí resulta aplicable ya sea directa o supletoriamente, tal es el caso de las normas jurídicas que regulan la capacidad de las personas que contratan con una entidad financiera, de las normas mercantiles que rigen operaciones o de la legislación procesal para el caso de litigios.

1.2.1 Normatividad: Legislación y Reglamentación.

a) Constitución.

De la ley suprema del país se deriva en primer lugar la legitimidad básica de la operación del sistema. Las normas que permiten la libertad de asociación y la libertad de trabajo aplican a las entidades que participan en el sistema. De las normas organizadoras del Poder Ejecutivo se derivan la posibilidad de existencia y las facultades de las autoridades del Sistema.

En segundo lugar, la Constitución contiene algunas normas específicas sobre el tema:

- Rectoría económica (artículo 25):
“El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional...”
- Banco central, emisión de moneda y regulación de cambios, intervención y servicios financieros (artículo 28):
“El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración...”
“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. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia...”
- Legislar en materia de servicios financieros (artículo 73 fracciones X y XXIX)
“El Congreso tiene facultad:...”
X.- Para legislar en toda la República sobre... intermediación y servicios financieros...
XXIX.- Para establecer contribuciones: ...
3º.- Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros.

b) Leyes propias del sistema financiero:

Leyes relativas a los prestadores de servicios financieros y sus operaciones:

- Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley del Mercado de Valores.
- Ley de Sociedades de Inversión.
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
- Ley sobre el Contrato de Seguro.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
- Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia.
- Ley de Ahorro y Crédito Popular.
- Ley que crea el Fideicomiso que Administrará el Fondo para el Fortalecimiento de Sociedades y Cooperativas de Ahorro y Préstamo y de Apoyo a sus Ahorradores.
- Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.

Leyes relativas a la banca central:

- Ley del Banco de México.
- Ley de Sistemas de Pagos.

Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de la Casa de Moneda de México.

Ley Reglamentaria de la Fracción XVIII del Artículo 73 Constitucional en lo que se Refiere a la Facultad del Congreso para Dictar Reglas para Determinar el Valor Relativo de la Moneda Extranjera.

Leyes relativas a las autoridades reguladoras:

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Ley de Protección al Ahorro Bancario.

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Leyes relativas a la Banca de Desarrollo:

Ley Orgánica de Nacional Financiera.

Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal.

Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.

Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior.

Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos.

Ley Orgánica de la Financiera Rural.

Ley Reglamentaria de la Fracción XII bis del apartado B del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c) Reglamentos.

El marco jurídico de referencia que provee la facultad reglamentaria toma en la materia del Sistema Financiero una relevante importancia. Es sustancial pues existe una gran cantidad de normas en este renglón que resultan vitales para la operación del mismo.

Se entiende por reglamento, el mismo concepto que la doctrina del Derecho Administrativo estudia y que contiene, dentro de sus notas características, la de tener por objeto la instrumentación de una norma legal, ser emitida por la Administración y contener normas de aplicación general y abstracta. No se trata de reglamentos autónomos sino de los que se basan en la remisión y habilitación que una norma legal hace y a la cual el reglamento sirve, dándole posibilidades de instrumentación sin que pueda rebasarse el contenido de la misma.

En este campo ha florecido una tendencia muy clara de los tiempos: las leyes cada vez menos pueden ser comprensivas de todos los detalles de la situación que regulan y cada vez más dan al Ejecutivo las facultades para ir normando, tales detalles.

Es más sencillo y más operativo realizar cambios y adaptaciones en normas reglamentarias que en normas legales y eso permite una mayor agilidad en una materia y un mercado que son enormemente variables.

La reglamentación toma, en la materia del sistema financiero diversas formas: reglas generales, disposiciones de carácter general, disposiciones prudenciales, circulares,

circulares telefax, oficios circulares, etc. pero que puede resumirse en dos conceptos fundamentales: Las reglas generales y las circulares.

1.- Reglas o disposiciones generales.

Las leyes llaman indistintamente: “reglas”, “disposiciones generales” o “disposiciones de carácter general” (últimamente ha aparecido el concepto “disposiciones o normas prudenciales”) a las normas reglamentarias ordenadas por alguna disposición de la ley para dar vigencia y realidad a ésta.

Las leyes financieras son especialmente generosas en la asignación de facultades de esta naturaleza. Además de las propias facultades existentes en los cuerpos legislativos propios de cada una de las autoridades financieras, cada ley del sistema financiero asigna facultades de dictar esas reglas o disposiciones generales con fruición. Véase el resumen que aparece en el siguiente cuadro y el detalle del mismo en el capítulo de Apéndices, bajo el rubro “Disposiciones reglamentarias ordenadas por las leyes del sistema financiero”.

Cuadro 11. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS ORDENADAS POR LAS LEYES DEL SISTEMA FINANCIERO⁴

Leyes del Sistema Financiero	Número de facultades reglamentarias
Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.	11
Ley de Instituciones de Crédito.	58
Ley del Mercado de Valores.	108
Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.	36
Ley Federal de Instituciones de Fianzas.	56
Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.	92
Ley de Sociedades de Inversión.	39
Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.	29
Ley de Protección y Defensa al Usuario de los Servicios Financieros	6
Ley de Protección al Ahorro Bancario.	5
Ley de Ahorro y Crédito Popular	25
Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia	11
Total	476

Las facultades reglamentarias se otorgan más consistentemente en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (véase la distribución en el cuadro 12). Sin embargo hay que encontrar que alguna facultad se repite sistemáticamente en todos los distintos tipos de intermediarios financieros (Por ejemplo, las normas sobre sancionar a personas no permitiendo su desempeño posterior en el sistema financiero, las relativas al uso de recursos de origen ilícito, a la fijación de capitales mínimos de constitución, etcétera). Si se reunieran esas facultades en una norma común para todas las entidades del sistema el número se reduciría significativamente.

⁴Véase en el Apéndice el detalle del contenido y materia sobre la que versan cada una de las facultades reglamentarias asignadas bajo las diferentes formas: “Reglas generales”, “Disposiciones generales” o “Disposiciones de carácter general”.

Cuadro 12. Autoridades que ejercen las funciones reglamentarias del Sistema financiero y número de facultades asignadas a cada una.

SHCP	168
CNBV	185
BM	38
CNSF	45
CONSAR	26
IPAB	10
Secretaría de la Función Pública	3
Comisión que supervise a la controladora del grupo financiero	3
CONDUSEF	3
Organismos de integración del Sistema de Ahorro y Crédito Popular	2
Autoridades financieras en general.	1
Total	483⁵

Respecto de la facultad reglamentaria de las autoridades del Sistema Financiero Mexicano conviene citar la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolviendo una contradicción de tesis sobre la legitimidad constitucional de la misma:

Novena Época
 Instancia: Segunda Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Tomo: XVII, Febrero de 2003
 Tesis: 2ª./J. 7/2003
 Página: 224

COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS. EL ARTÍCULO 108, FRACCIÓN IV, DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS, QUE LA FACULTA PARA EXPEDIR REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Las reglas generales administrativas dictadas en ejercicio de una facultad conferida a una Secretaría de Estado o a un órgano desconcentrado por una ley expedida por el Congreso de la Unión, corresponden a la categoría de ordenamientos que no son legislativos ni de índole reglamentaria, sino que se refieren a aspectos técnicos y operativos en materias específicas, cuya existencia obedece a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública. En congruencia con lo antes expuesto, la fracción IV del artículo 108 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que establece que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas está facultada para expedir reglas de esa naturaleza, no pugna con la facultad reglamentaria del Presidente de la República ni con el sistema de división de poderes previstos, respectivamente, en los artículos 89, fracción I, y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en cuanto a la primera, la mencionada atribución no entraña una delegación de facultades, ni constituye una expansión en el ejercicio de la facultad reglamentaria, sino que se trata de la asignación directa de una atribución para allanar la aplicación técnico-operativa de la ley dentro de su ámbito específico; y en cuanto al segundo, no implica la delegación de facultad legislativa alguna a favor de la citada Comisión, ni ésta ejerce atribuciones reservadas constitucionalmente al Poder Legislativo.⁶

2.- Circulares.

⁵ El número no es exacto con respecto del cuadro anterior porque algunas de las facultades son dadas en forma conjunta a más de una autoridad.

⁶ Contradicción de tesis 135/2002-SS. Entre las sustentadas por el Décimo Tercer Tribunal Colegiado y el Noveno Tribunal Colegiado, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 31 de enero de 2003. Cinco votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Fernando Mendoza Rodríguez.

Tesis de jurisprudencia 7/2003. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del siete de febrero de dos mil tres.

Originalmente las circulares fueron los instrumentos usados por la Administración pública centralizada para transmitir a los inferiores dentro de la pirámide administrativa de la organización, las herramientas instrumentales de cómo llevar a cabo su trabajo. Poco a poco se han ido convirtiendo en normas que regulan alguna situación en particular de una manera estable y de duración indefinida.

Estas circulares son emitidas por las autoridades reguladoras de las entidades financieras para obligar a éstas. Todavía no se ha dado el caso, que ya se da en algunas reglas generales, de que resulten obligatorias para los clientes de las instituciones o, al menos, afecten su status jurídico.

Todas las Comisiones encargadas de la inspección y vigilancia (Bancaria y de Valores, Seguros y Fianzas y más recientemente la del Sistema de Ahorro para el Retiro) han producido a lo largo del tiempo una importante colección de tales circulares. El Banco de México ha venido, en el mismo sentido, desarrollando el concepto primero de “Telex-circular” y luego de “Telefax- circular”. Reciente, y afortunadamente, hay una tendencia en concentrar todas estas circulares en un documento único. (Esfuerzos hechos por Banco de México y por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, precisamente en el tema de Valores y en el de Banca).

Estas normas particulares se producen a través de instrumentos de formas y nombres variados: circulares, oficios, telegramas, oficios-circulares, criterios, resoluciones, etc., pero que guardan entre sí el mismo común denominador: son normas “reglamentadoras”, son disposiciones administrativas que la doctrina del Derecho Administrativo podrían designarse genéricamente como “circulares”. Los “oficios circulares” son normas emitidas por las autoridades reguladoras del sistema en materias informativas o de duración determinada, las más de las veces breve.

Su primer carácter, desde el punto de vista material, es que son disposiciones instrumentales, es decir no pretenden resolver el qué, sino el cómo y en ese cómo se pueden llegar a extremos peligrosos de legitimidad cuando se acercan a zonas intermedias entre la norma jurídica y la forma de aplicación de la norma. Una de esas zonas intermedias es la interpretación “a efectos administrativos” que se hace de la ley.

Una segunda nota desde el punto de vista formal, es que son expedidas por el superior que corresponda, según el orden de atribución hecha por la ley, dentro de la pirámide de la administración y destinada fundamentalmente a las personas y organismos que gravitan dentro de la competencia del emisor.

Cabrá decir que tales regulaciones sólo son aplicables a terceros extraños a la organización, a la pirámide administrativa, en la medida que estén perfectamente apoyadas en la ley, su reglamento, en su caso y a la correcta interpretación de ambos, pues de otra manera las garantías de legalidad y de seguridad jurídica resultarían conculcadas.

Es necesario aclarar que la interpretación “a efectos administrativos” que con gran frecuencia contienen este tipo de disposiciones y que en algunos casos la misma ley ordena, no es una interpretación ni auténtica, ni jurisprudencial, es decir no puede ser vinculatoria para los terceros que podrían impugnar por los conductos que correspondan, la aplicación que de la misma se les haga.

La Jurisprudencia mexicana se ha producido, por lo que toca a este fenómeno de la siguiente manera:⁷

“Las circulares no pueden ser tenidas como ley, y los actos de las autoridades que se fundan en aquéllas, importan una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales”.

Quinta Época:
Tomo VII , Pág. 1137.- Arias Vda. De Ramírez Crispina.
Tomo XVII , Pág. 113.- Sánchez Aldana Antonio.
Tomo XVIII, Pág. 75.- Gómez Ochoa y Cía.
Tomo XIX , Pág. 1115.- Arch José.
Tomo XIX , Pág. 1217.- orchera Hermanos, Sucs.

TESIS RELACIONADAS:

Circulares.- Es de explorado derecho que las circulares no pueden modificar las disposiciones de una ley, siendo su objeto únicamente, aclararlas o reglamentarlas, por lo que no pueden considerarse como derogatorias ni modificatorias de esa ley.

Quinta Época: Tomo XVII, Pág. 1113.- Sánchez Aldana Antonio.

Circulares.- Las circulares carecen de fuerza legal para derogar los derechos establecidos por las leyes, a menos que las mismas establezcan, como regla de su aplicación, lo que en dichas leyes se diga.

Quinta Época: Tomo XIX, Pág. 1115.- Arch José.

Timbre.- Conforme a la Ley del Timbre, la Secretaría de Hacienda sólo está facultada para fijar la interpretación de esa ley, pero no para modificarla mediante circulares.

Quinta Época: Tomo XXIX, Pág. 693.- Jáuregui Antonio.

Circulares.- Las circulares no tienen el carácter de reglamentos gubernativos o de policía, pues en tanto que éstos contienen disposiciones de observancia general, que obligan a los particulares en sus relaciones con el poder público, las circulares por su propia naturaleza, son expedidas por los superiores jerárquicos, en la esfera administrativa, dando instrucciones a los inferiores, sobre el régimen interior de las oficinas, o sobre su funcionamiento con relación al público, o para aclarar a los inferiores la inteligencia de disposiciones legales ya existentes; pero no para establecer derechos o imponer restricciones al ejercicio de ellos. Aun en el caso de que una circular tuviera el carácter de disposición reglamentaria gubernativa, para que adquiriese fuerza, debería ser puesta en vigor mediante su publicación, en el Diario Oficial, puesto que las leyes y reglamentos sólo pueden obligar cuando son debidamente expedidos, publicados y promulgados. También podría aceptarse que el contexto de una circular obliga a determinado individuo, si le ha sido notificada personalmente; pero si tal circunstancia no se acredita por la autoridad responsable, los actos que se funden en la aplicación de una circular, resultan atentatorios.

Quinta Época: Tomo XXXII, Pág. 471.- Cía. “Imperio”.

CIRCULARES.- Las circulares no tienen el carácter de reglamentos gubernativos o de policía, pues en tanto que éstos contienen disposiciones de observancia general que obligan a los particulares en sus relaciones con el poder público, las circulares, por su propia naturaleza, son expedidas por los superiores jerárquicos en la esfera administrativa dando instrucciones a los inferiores sobre el régimen interior de las oficinas, o sobre su funcionamiento con relación al público, o para aclarar a los inferiores la inteligencia de disposiciones legales ya existentes; pero no para establecer derechos o imponer restricciones al ejercicio de ellos. Aun en el caso de que

⁷tomados de la edición de Jurisprudencia de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Imprenta Murguía, Tercera Parte, Segunda Sala, Págs. 57 y sig.

una circular tuviera el carácter de disposición reglamentaria gubernativa, para que adquiriese fuerza debería ser puesta en vigor mediante su publicación en el Diario Oficial, puesto que las leyes y reglamentos sólo pueden obligar cuando son debidamente expedidos, publicados y promulgados. También podría aceptarse que el contexto de una circular obligara a determinado individuo, si le ha sido notificada personalmente; pero si tal circunstancia no se acredita por la autoridad responsable, los actos que se funden en la aplicación de una circular resultan atentatorios.⁸

Séptima Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Apéndice 2000; Tomo: Tomo III, Administrativa, Jurisprudencia SCJN; Tesis: 25; Página: 31

En este terreno de facultades regulatorias hay un par de vicios que podrían eliminarse:

Al ser las autoridades, al mismo tiempo, supervisoras y reguladoras hay una tendencia muy clara para el supervisor de tratar de resolver todos los problemas que ven aparecer en el sistema financiero, a base de regulaciones. Eso no se presentaría si el regulador fuera uno y el supervisor otro, aunque ciertamente se requeriría una colaboración entre ambos.

Esa contribución entre los distintos supervisores y reguladores es lo que lleva al segundo vicio, con mucha frecuencia las facultades reguladoras son concedidas a una autoridad con la orden de que oiga la opinión de otras entidades, eso ha llevado a acumular grandes dosis de burocracia, al grado de que en todas las leyes del sistema financiero se ha tenido que añadir normas respecto del ejercicio de facultades de petición de las entidades financieras a las autoridades, estableciendo un camino de “negativa ficta” que, además, tiene excepciones significativas.

El problema se hace más complejo cuando se valúan las dos facultades entre sí: supervisión y regulación. La lógica parece indicar que un sistema con fuerte regulación debe tener poca supervisión y viceversa, una fuerte supervisión hace disminuir la necesidad de mucha regulación. El sistema mexicano no parece haber entendido esta fórmula y establece grandes dosis de supervisión y una mayor cantidad de regulación.

d) Legislación diversa.

1.- Legislación relacionada con las operaciones.

Aquí se hace referencia a legislación que no ha sido creada ex profeso para el sistema financiero pero que es aplicable tanto a las operaciones propias de éste como a su actuar en general. Tal es el caso de las leyes que se aplican a diversas normas relacionadas con actividades que en un momento pueden ser financiadas u objeto de alguna relación con el sistema financiero. El ejemplo típico es el de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

⁸ Séptima Época:

Amparo en revisión 3676/24.-Cía. de Gas y Combustibles "Imperio", S.A.-28 de mayo de 1931.-Unanimidad de cuatro votos.-Relator: Salvador Urbina.

Amparo en revisión 5099/46.-La Vasco Cantabria, S.A.-25 de septiembre de 1946.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Franco Carreño.

Amparo en revisión 5081/46.-La Vasco Cantabria, S.A.-4 de octubre de 1946.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Octavio Mendoza González.

Revisión fiscal 18/78.-Ariel Construcciones, S.A.-9 de noviembre de 1978.-Mayoría de cuatro votos.-Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Amparo en revisión 7377/79.-Antonio Hernández Vázquez y otros.-25 de agosto de 1980.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Apéndice 1917-1995, Tomo III, Primera Parte, página 27, Segunda Sala, tesis 34.

que rige la mayor parte de las operaciones ordinarias de las entidades financieras. Otro ejemplo, La Ley General de Vías de Comunicación debe ser tomada en cuenta cuando se trate de que una empresa de este sector, dígame una radiodifusora, tenga que establecer una garantía con que apoye un crédito que recibe de una entidad financiera.

Así pueden ponerse en este grupo leyes tales como el Código de Comercio, las legislaciones civiles y procesales civiles, las legislaciones penales y procesal penal, etc.

2.- Relacionada con la existencia y funcionamiento de las entidades.

Entre este grupo podría ponerse a la Ley General de Sociedades Mercantiles, a las leyes fiscales, a la Ley de la Administración Pública Federal por cuanto toca a las entidades paraestatales que participan en el sistema y a las autoridades del mismo. Es de observarse, sin embargo, que la Ley del Mercado de Valores ha incursionado en temas de la Ley de Sociedades Mercantiles, estableciendo normas corporativas y de buen gobierno a una serie de sociedades que participan directa o potencialmente en el mercado de los valores.

1.2.2- Concurrencia de figuras de Derecho Público y de Derecho Privado.

Es muy difícil encontrar en la realidad una actividad que pueda clasificarse como sólo de derecho privado o sólo de derecho público, lo común es que se vaya teniendo una dosis de mezcla de ambos géneros de disciplinas, el mercado financiero es un prístino ejemplo de ello. La mezcla ha sido de tal naturaleza que empieza a hacer caduca la clasificación y quizá pronto debamos enfrentarnos a otro tipo de paradigma al clasificar las normas jurídicas. Mientras tanto se presta adecuadamente para efectos didácticos. *“Sin embargo, debemos establecer que todas las normas, incluso las que hoy se consideran de Derecho Privado, por regularlas el poder estatal, serían jus publicum...”*⁹

La materia del sistema y del mercado financiero es precisamente una muy peculiar combinación de Derecho Público y Derecho Privado.

Por todas las razones que se exponen en este apartado, es evidente que el mercado financiero y las entidades que practican la intermediación se encuentran operando al amparo de una mezcla peculiar de normas de derecho privado y de derecho público que encuentran su común denominador y aglutinador, aún para efectos de conocimiento y análisis científico no en el tipo de derecho que los rige sino en su propia naturaleza, en su realidad: el mercado y la intermediación financiera.

a) Derecho Privado.

La materia de los mercados financieros es materia de Derecho Privado en tanto cuanto refieren a las relaciones mercantiles entre los celebrantes de una operación o contrato de la materia.

En efecto, las actividades típicas de los intermediarios financieros son actos mercantiles, ya por dogmática del Código de Comercio que dispone que son actos de comercio los celebrados por la banca (artículo 75, fracción XIV del Código de Comercio),

⁹ QUINTANA ADRIANO, ELVIA ARCELIA Ciencia del Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 2002 página 20.

ya por la propia naturaleza de la actividad que consiste en ejercer en forma sistemática la prestación de servicios financieros con un afán lucrativo.

El propio artículo 75 del Código de Comercio reputa actos mercantiles algunas de las operaciones típicas del sistema financiero: los contratos de seguros (fracción XVI); los depósitos en los almacenes generales (Fracción XVIII); los cheques y las remesas de dinero (Fracción XIX); las obligaciones entre comerciantes y banqueros (Fracción XXI).

Por lo mismo todas o, al menos, la gran mayoría de las actividades de los intermediarios financieros son reguladas por los dispositivos legales típicos del derecho privado: el Código de Comercio, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Sociedades Mercantiles, etcétera.

Asimismo las normas de capacidad, personalidad y las normas generales de la legislación civil son aplicables a las operaciones financieras.

El artículo 6 de la Ley de Instituciones de Crédito declara como normas supletorias:

- “I. *La legislación mercantil;*
- 28 *Los usos y prácticas bancarias y mercantiles, y*
- 28 *El Código Civil para el Distrito Federal.*
- IV. *El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de esta Ley.”*

Como puede verse, las principales normas reguladoras (tres primeras fracciones) provienen del típico derecho privado.

b) Derecho Público.

Sin embargo, el terreno de la intermediación financiera es también uno donde impera el Derecho Público.

Así, debe partirse de la misma disposición Constitucional que arroga al Estado Mexicano la obligación (atribución) de regir la actividad económica nacional (Artículo 25).

Esta participación del Estado en el Sistema Financiero Mexicano se aprecia en diversas formas de intervención que incluyen la labor regulatoria, la función supervisora, el otorgamiento de autorizaciones, la propia práctica de la intermediación y las labores de banca central:

1.- Labor de regulación.

Las diversas leyes que regulan el sistema financiero dan a las autoridades una enorme cantidad de atribuciones regulatorias como quedó visto arriba al tratar del marco jurídico del Sistema Financiero.

A través del tiempo el legislador y las propias autoridades han oscilado entre hacer una regulación muy prolija o hacer poca regulación e incrementar las facultades de inspección y vigilancia, en otras épocas la tendencia ha sido de incrementar ambas.

El mismo fenómeno es observable en distintos países y épocas. Al parecer el Estado siempre se ve compelido a intervenir más o menos importantemente en la regulación del sistema financiero, recuérdese cómo en algunos casos, México no ha sido excepción, la intervención del Estado ha llegado a expropiar y a declarar función pública, algunas de las actividades de los Intermediarios Financieros. Incluso los países que han intentado fenómenos desregulatorios (Estados Unidos en la década de los años 80) han mantenido una fuerte actividad normadora.

2.- Inspección y Vigilancia.

A partir de la disposición constitucional que consagra la rectoría económica del Estado, la actividad de los intermediarios financieros está naturalmente sujeta a que éste vigile estrechamente su conducta cotidiana.

El grado de intensidad de estas labores de vigilancia y supervisión puede variar con la época y con el énfasis político-económico que el país y su gobierno vayan poniendo. Puede pensarse en toda la gama, desde una presencia agobiadora hasta un estadio muy cercano al *laissez faire, laissez passer*. De cualquier modo debe contarse con que siempre el Estado tomará algún tipo de postura respecto de cómo hará la supervisión y la vigilancia del sistema financiero.

3.- Otorgamiento de autorizaciones y concesiones.

Tradicionalmente se “concesiona” una actividad que es propia del Estado y que por no poderla desarrollar directamente se permite a un particular coadyuvar a las labores gubernamentales. Por su parte las “Autorizaciones” se otorgan en materias que sin ser una actividad propia y específica del Estado, sí cae bajo su esfera de regulación o control. Teóricamente una concesión es un acto soberano del Estado que se otorga a su juicio, mientras que la Autorización debe concederse a cualquiera que llene los requisitos. Por ello el uso de los términos “autorización” o “concesión” tiene un interés fundamentalmente doctrinario y de filosofía política.

Para poderse dedicar a cualquiera de las actividades comprendidas dentro del Sistema Financiero es menester obtener previamente de las autoridades una “Autorización” y en algunos casos una “Concesión”.

Esto supone que el acceder a la participación en el sistema es imposible si no se hace a través del conocimiento y consentimiento del Estado quien habrá vigilado que se cumplan determinados requisitos mínimos que las leyes o las propias normas dictadas por el Ejecutivo dispongan.

En el caso del Sistema Financiero Mexicano, las leyes han ido de un concepto a otro. A partir del proceso de reprivatización de la Banca y de creación de Grupos Financieros, se ha mantenido más adherido al concepto de Autorización (sólo en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro se habla de alguna empresa prestadora de algunos servicios que para operar requiere Concesión; en la Ley del Mercado de Valores sucede algo similar). Sin embargo las Autorizaciones contempladas por la legislación del Sistema Financiero Mexicano son otorgadas discrecionalmente por el Estado como si fueran Concesiones.

4.- Práctica de la Intermediación.

El mismo Estado participa en procesos de intermediación. En esto se asemeja a cualquier inversionista que coloca su capital en actividades que le pueden redituarse una utilidad.

En algunas ocasiones el Estado conserva activos como inversionista en capitales de algunas de las Entidades Financieras, ya por razones meramente históricas y como tal se asemeja a cualquier accionista, o porque en el ejercicio de sus facultades de intervención ha podido llegar a adquirir tenencias accionarias de entidades que han venido a menos (caso de operaciones de apoyo a instituciones por Fobaproa o IPAB). Ciertamente esta faceta del

Estado inversionista se da en la realidad pero la tendencia parece ser que se trate de una actividad meramente transitoria, en tanto las cosas pueden volver a tomar otro cauce.

Un segundo aspecto de este tipo de intervención del Estado en la intermediación financiera es cuando establece determinadas empresas o fideicomisos para cumplir con determinados propósitos coherentes con sus políticas económicas y con la rectoría que ejerce de la economía. Tal es el caso peculiar de la llamada Banca de Desarrollo, consistente en una actividad bancaria orientada a un tipo de segmento de la economía en donde conviene orientar recursos fiscales que no se obtendrían directamente del sector privado (Verbigracia: Nacional Financiera, Banco de Comercio Exterior). Asimismo es el caso de los Fideicomisos de promoción, usualmente fondos públicos que se desea se destinen a la promoción de determinadas actividades (Verbigracia: FIRA, FONATUR)

5.- Ejercicio de la Banca Central.

La Banca Central representa una manera que tiene el Estado para proveer regulación monetaria, fungir como banco de bancos, como prestador de último recurso, como controlador del sistema de cambios, etcétera, adicionalmente a la labor de regulación monetaria y de control de la inflación.

Ya sea que la Banca Central se organice o estructure bajo un esquema de autonomía o de incrustación en el aparato gubernamental, no pierde su carácter de autoridad y su actuación es una típica actuación de Derecho Público.

1.3 Elemento material.

La sustancia de un estudio científico se conforma en el caso del Sistema Financiero por la existencia de “Instituciones” que le son propias y peculiares y que dan cohesión metodológica al conjunto de los elementos personales, formales y de regulación.

El uso de la palabra Institución puede resultar confuso porque precisamente se trata de un término que no es unívoco. Lo mismo se refiere a un establecimiento físico (el Instituto está ubicado en la calle 7) que a una casa de enseñanza (Instituto de Ciencias para Varones), que a un sistema consagrado (Vg. la institución del matrimonio) que a una “Colección metódica de una ciencia o arte (*instituciones de derecho mercantil*”.¹⁰) que a una oficina con un propósito identificado (Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles).

El término *Institución* proviene del vocablo latino *Institutio* que deriva del verbo *instituo, is, ere, tui, tutum*, que significa “poner”, “establecer” o “edificar”; “regular” u “organizar”; o bien, “instruir”, “enseñar” o “educar”.¹¹

La Real Academia Española entre las diversas acepciones que asigna a la palabra incluye: “Establecimiento o fundación de una cosa”, así como “Colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc.”¹²

Todo eso revela que cuando hacemos referencia a una “Institución” hablamos de algo fundado, establecido con carácter de permanencia, que supone una serie de normas y que opera en forma ordenada y sistemática.

¹⁰ RAMÓN GARCÍA-PELAYO Y GROSS. Pequeño Larousse. Ediciones Larousse, Editorial Noguer, Barcelona, 1974. Página 498

¹¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Octava Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1995. Página 1745

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid 1992

Por ello los romanos utilizaron la expresión para referirse a las creaciones del Derecho expuestas de manera pedagógica para ser compiladas y conocidas. (Las Instituciones de Gayo, las de Justiniano, etc.).

En ese sentido se usan en el presente trabajo: como una serie de creaciones del mundo del Derecho dentro del Sistema Financiero Mexicano y que tocan a todas las entidades que integran éste proporcionando comunes denominadores y tendencias claras a estructurar en forma conjunta un tramo de conocimiento científico autónomo.

Para descubrir y, más aún, para estudiar las “instituciones del Sistema Financiero Mexicano” conviene reflexionar en la siguiente observación: Es usual que a las entidades del Sistema Financiero Mexicano se les estudie en forma aislada: Se estudian los Bancos y todas las instituciones que se derivan de la práctica inveterada de la Banca, incluso se ha llegado a formar un Derecho Bancario claramente identificado. Lo mismo ha pasado con el Derecho Bursátil, con el derecho de la industria aseguradora y, en menor grado, con la industria afianzadora. De los demás intermediarios financieros se ha construido poco y muchas veces se les trata como un apéndice o anexo del Derecho Bancario o del Bursátil.

De ahí que se derive que el estudio de estas realidades se haga de forma “vertical”: se estudia todo lo relativo a los bancos, después todo lo relativo a las casas de bolsa, luego lo relativo a las compañías de seguros y así sucesivamente con las afianzadoras, las uniones de crédito, las casas de cambio, las arrendadoras, etcétera.

ESTUDIOS TRADICIONALES O “VERTICALES”:

1.- BANCO	2.- CASA DE BOLSA	3.- ASEGURADORA	ETCÉTERA
Objeto	Objeto	Objeto	
Estructura corporativa	Estructura corporativa	Estructura corporativa	
Autoridades Reguladoras	Autoridades Reguladoras	Autoridades Reguladoras	
Protección al Público	Protección al Público	Protección al Público	
Operaciones	Operaciones	Operaciones	
Régimen de Inversión	Régimen de Inversión	Régimen de Inversión	
Etc.	Etc.	Etc.	

Lo cierto es que todas estas entidades que conforman el sistema financiero comparten muchos principios que son verdaderas “instituciones” en el sentido definido arriba que se convierten en lugares comunes de todos ellos. Ver estas instituciones que aparecen lo mismo en un intermediario financiero que en otro y analizar su estructura, contenido, regulación y propósito es hacer un estudio de forma “horizontal”.

ESTUDIO PROPUESTO U “HORIZONTAL”:

TEMA	BANCO	CASA DE BOLSA	ASEGURADORA	ETCÉTERA
				A
1.- Objeto		Objeto	Objeto	
2.- Estructura corporativa		Estructura corporativa	Estructura corporativa	
3.- Autoridades Reguladoras		Autoridades Reguladoras	Autoridades Reguladoras	
4.- Protección al Público		Protección al Público	Protección al Público	
5.- Operaciones		Operaciones	Operaciones	
6.- Régimen de Inversión		Régimen de Inversión	Régimen de Inversión	
Etc.				

Algunos ejemplos de estos estudios que nos brindarán las “instituciones” que conforman la materia sustantiva del Sistema Financiero:

- a) los fenómenos corporativos de las personas morales que integran el sistema ofrecen una serie de visiones comunes, verbigracia, no importa el que una entidad pueda tener hasta un equis por ciento de capital en manos de extranjeros, porcentaje que varía en otro tipo de entidades, lo que debe contar es el hecho de que la regulación se pronuncia respecto de la tenencia en manos extranjeras del capital del Sistema Financiero Mexicano, al grado que ha llegado a crear capítulos específicos y la especie: “entidades filiales del exterior”.
- b) no importa tanto que exista, para los bancos, una norma de secreto bancario, sino que ese tipo de normas se repita para prácticamente todos los intermediarios, pues quiere decir que en materia financiera la discreción en el manejo de la información del cliente es una constante que caracteriza a todo el sistema.
- c) Normas de gobierno corporativo: En todas las leyes de los intermediarios financieros se han regulado normas sobre gobierno corporativo: comités que reportan al consejo de administración, comités de auditoría, consejeros independientes, etc.,
- d) Lavado de dinero: en todas las leyes se repiten las mismas normas sobre las políticas de conocer al cliente y demás medidas preventivas.
- e) Conservación de documentos en medios ópticos, electrónicos o microfilmes.
- f) Operaciones celebradas por medios tecnológicos.
- g) Etcétera.

Ya se veía al hablar de las facultades regulatorias, muchas de ellas aparecen similares en cada una de las leyes del Sistema lo cual revela que en el fondo el tema a regular o a tratar es un solo que va repitiéndose en cada uno de los intermediarios. Véase de esta manera: si todas esas normas comunes se conjuntaran en un solo cuerpo legal que tuviera normas comunes y luego las normas de las peculiaridades de cada intermediario, se

ahorraría mucha tinta y papel y, sobre todo, quedaría de relieve la unidad existente y que conforma el Sistema Financiero Mexicano.

Conclusión.

El Sistema Financiero Mexicano se compone de una serie de elementos interrelacionados que permite su unidad científica.

Tales elementos son:

- a) Elemento personal: Un conjunto de entidades, públicas y privadas, que practican de alguna manera las actividades propias de la intermediación financiera y de la operación del mercado de dinero y capitales.
- b) Elemento formal: Un marco jurídico ad hoc que se integra con algunas normas constitucionales, una profusa legislación especializada, el uso de legislación general y una normativa reglamentaria también muy abundante. Este marco constituye una combinación sui generis de derecho privado y de derecho público.
- c) Elemento regulador: Un grupo de autoridades (sector del Estado) que: otorgan las autorizaciones y concesiones requeridas; regulan la actividad de los intermediarios y jugadores; practican en ocasiones ellas mismas algún tipo de intermediación y supervisan (inspección y vigilancia) la conducta de los participantes en el sistema.
- d) Elemento Material: Un grupo de instituciones que han estructurado y dado cohesión al quehacer de los integrantes.

Estos elementos podrían llevar a una definición del Sistema Financiero Mexicano como: Conjunto de sujetos, autoridades e instituciones que con un marco jurídico ad hoc, se ocupan de los procesos de captación del ahorro y de su inversión, así como de los servicios complementarios de tal intermediación.

Convendría conjuntar la regulación del sistema financiero en un cuerpo orgánico que norme para todos las instituciones comunes evitando repeticiones; que disponga lo necesario para las actividades particulares de cada una y que dé a la vez espacio a las entidades públicas y privadas para desempeñar su nicho de actividad según su propia vocación

El capitulado del presente se ha estructurado a partir de la metodología descrita en este apartado.

APÉNDICE

“DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS ORDENADAS POR LAS LEYES DEL SISTEMA FINANCIERO”

REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA LEY PARA REGULAR LAS AGRUPACIONES FINANCIERAS.

Art.	Autoridad	Materia
7	SHCP	Otras empresas que puedan formar parte de un Grupo Financiero
8 III	SHCP	Operaciones de una entidad en oficinas de otra del Grupo
14	SHCP	constitución y funcionamiento de grupos financieros.
20	Comisión	Información sobre tenencia de acciones de una controladora.
23	SHCP	Inversión del capital pagado y reservas de la controladora
24	CNBV	Requisitos Consejeros independientes.
27 B	SHCP	Establecimiento de filiales
27 L	CNBV	Requisitos consejeros independientes de filiales.
28 bis	SHCP	Cumplimiento del convenio de responsabilidades
30	Comisión	Contabilidad y valuación de activos.
30	Comisión	Regulación prudencial de transmisión de riesgos.
11 facultades reglamentarias		

REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

Art.	Autoridad	Materia
7	SHCP	Oficinas de representación de instituciones extranjeras.
7	SHCP	Sucursales de instituciones de crédito del exterior.
17	SHCP	Información sobre adquisición del control de acciones.
22	CNBV	Requisitos para ser Consejero independiente.
24 bis	CNBV	Expedientes de los consejeros de I de C.
31	SHCP	Información sobre operaciones de banca de desarrollo.
33	SHCP	Adquisición de CAPs serie B por entidades de la Administración Pública Federal y Gobiernos de los Estados. Personas que conforman un grupo para efectos de tenencias.
34	SHCP	Características CAPs “B”
37	SHCP	Capital mínimo de Bancos de Desarrollo.
45 B	SHCP	Establecimiento de Filiales del exterior.
46	BM	Operaciones con derivados.
46 bis	CNBV	Contratación por las I de C. de prestación de servicios
50	SHCP	Capital neto de las Instituciones de Crédito.
50	SHCP	Procedimiento ccálculo del índice de capitalización
51	SHCP	Diversificación de Riesgos.
52	CNBV	Uso de equipos automatizados
53	BM	Operación de valores sin intermediación de una casa de bolsa.
54	BM	Operación con reportos
55	SHCP	Reservas de capital IC.
55 bis	SHCP	Cuotas al fideicomiso de protección de banca de desarrollo
64	BM	Inversión de pasivos captados por obligaciones subordinadas.
64 bis	CNBV	Sistemas de pensiones personal de las I de C.
73 bis	CNBV	Regulación de operaciones relacionadas.
75	SHCP	Medidas para inversión en sociedades de desarrollo

INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

76	SHCP	Bases para la calificación de la cartera de créditos de las IC.
81	BM	Operación con valores en ejecución de fideicomisos o mandatos. Reportos y préstamos sobre valores.
85 bis	SHCP	Capital mínimo adicional asignado a operaciones fiduciarias.
88	SHCP	Empresas que prestan servicios complementarios o auxiliares e inmobiliarias.
89	Autoridades financieras	Operación de entidades financieras del exterior propiedad de Instituciones de Crédito mexicanas.
93	CNBV	Excepciones para redescuento o venta de cartera de las I. de C.
95	CNBV	Apertura y cierre de oficinas.
96	SHCP	Medidas básicas de seguridad.
98	CNBV	Identificación de los clientes de las I de C.
99	CNBV	Documentos que integran la contabilidad.
100	CNBV	Conservación de documentos en microfilmes y otros.
101	CNBV	Aprobación de estados financieros. Características de los auditores externos y sus dictámenes.
102	CNBV	Valuación de activos y pasivos. Manutención de ciertos activos.
103	SHCP / BM	Sociedades financieras de objeto limitado
103	CNBV	Información financiera, administrativa, económica, contable y legal que deberán dar a conocer al público
105	SHCP	Conservación de información
106 F.VI	SHCP	Excepciones a prohibición Créditos a empleados, familiares y personas relacionadas
106 F. XIII	SHCP CNBV	Adquisición de activos propios con recursos de sus pasivos. Conservación de bienes adjudicados o cedidos en pago.
106 F XIX	BM	Operaciones fiduciarias con la propia institución sin conflicto de intereses. Operaciones fiduciarias en la que resulten deudores delegados fiduciarios o relacionados.
106 XX	BM	Garantías otorgadas por I de C. Pago anticipado de reportos o depósitos
115	SHCP	Prevención de operaciones con recursos de origen ilícito.
117	CNBV	Requisitos para pedir develación del secreto bancario.
118 B IV	CNBV	Conservación de información de consultas y reclamaciones
122 bis 18	IPAB	Procedimiento de pago de obligaciones garantizadas
122 bis 23	BM	Operaciones derivadas con valor subyacente.
122 bis 27	IPAB	Transferencias de activos y pasivos
122 bis 28	IPAB	Publicaciones de transferencias de activos y pasivos
134	CNBV	Facultad reglamentaria general
134 bis	CNBV	Clasificación de las Instituciones en categorías
134 bis	CNBV	Medidas correctivas mínimas y especiales adicionales
134 bis 3	IPAB	Sistemas automatizados de clasificación
139	IPAB	Dictámenes de la situación integral de una I de C.
140 bis	IPAB	Remuneración de administradores cautelares.
146	CNBV	Disposiciones que rijan a los consejos consultivos de IC con administración cautelar
58 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY DEL MERCADO DE VALORES**

2	CNBV	Características de un “inversionista calificado”
2	CNBV	Enunciado de eventos relevantes
6	CNBV	Lineamientos de publicidad y difusión de información
7	CNBV	Oferta pública en el extranjero

20	CNBV	Formatos para adquisición de acciones de S A promotoras de inversión
21	CNBV	Requisitos para S A promotoras de inversión
22	CNBV	Acciones en tesorería y posición propia de las SA Bursátiles
28	CNBV	Principios de contabilidad de las SA Bursátiles
54	CNBV	emisión de acciones distintas de las ordinarias. SA Bursátiles
56	CNBV	Informaciones hechas públicas de la SA bursátil
85	CNBV	Difusión de prospectos de colocación e información adicional
85	CNBV	Información de valores en fideicomiso que se colocarán
85	CNBV	Información de valores colocados por entidades públicas
86	CNBV	Contenido de los prospectos de colocación
86	CNBV	Requisitos adicionales o excepciones a la información que ordene la CBV
88	CNBV	Inserciones de leyendas en los prospectos de colocación.
91	CNBV	Inscripción preventiva de las acciones
93	SHCP	Determinar otros títulos sujetos de inscripción
95	CNBV	Ofertas públicas de adquisición
96	CNBV	Información del folleto informativo de ofertas públicas de adquisición
96	CNBV	Información que debe acompañarse a la solicitud de autorización de oferta
104	CNBV	Normas de difusión de información relevante de emisores, fideicomisos y entidades públicas.
107	CNBV	Aspectos mínimos de cumplimiento de políticas de participación en el mercado
108	CNBV	Excepciones a la obligación de hacer oferta pública en la suspensión del registro de un valor
111	CNBV	Plazos para revelar adquisiciones o ventas de valores por partes relacionadas
112	CNBV	Forma en que la información de adquisiciones de valores objeto de revelación
115	CNBV	Información necesaria para solicitar autorización una Casa de Bolsa
116	CNBV	Requisitos de Consejeros y directivos de casas de bolsa
119	CNBV	Información en caso de adquisición de 30% o más de acciones serie "O"
125	CNBV	Requisitos de consejeros independientes de Casa de Bolsa
126	CNBV	Funciones mínimas del comité de auditoria de Casas de Bolsa
129	CNBV	Integración de expedientes de consejeros, comisarios y directivos de C de B
132	CNBV	Documentación para casos de fusión de C de B
134	CNBV	Documentación para casos de escisión de C de B
135	CNBV	Medidas preventivas y correctivas que deberán cumplir las C de B
135	CNBV	Medidas de cumplimiento de Capital Global de las C de B
136	CNBV	Características, plazos y condiciones del plan de reducción de riesgos.
149	CNBV	Criterios de remuneración de interventor gerente y auxiliares en C de B
159	SHCP	Actividades de oficinas de representación de casas de bolsa extranjeras.
161	SHCP	Establecimiento de entidades filiales del exterior
171	CNBV	Actividades y servicios de las C de B
172	CNBV	Capital social mínimo de las C de B
173	CNBV	Capital global en relación con riesgos de las C de B
174	CNBV	Por cientos máximos de operación por cliente de las C de B
176	BM	Operaciones de las casas de bolsa
178	CNBV	Distribución de valores entre el público inversionista
179	CNBV	Operación fuera de bolsa por las C de B
180	CNBV	Sistemas automatizados para operación de C de B
181	CNBV	Recepción y transmisión de órdenes de operaciones de las C de B
183	SHCP	Recepción en fideicomiso de bienes.
186	BM	Operaciones fiduciarias por cuenta propia en las C de B
190	CNBV	Perfiles de información a clientes de C de B para toma de decisiones de inversión
193	CNBV	Características de las personas físicas que operen por las C de B
200	CNBV	Sistema de recepción y asignación de operaciones de las C de B

INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

205	CNBV	Contabilidad de las C de B
209	CNBV	Conservación de documentación de C de B en medios automatizados
210	CNBV	Aprobación de Estados Financieros de las C de B.
210	CNBV	Requisitos de auditores independientes de las C de B
211	CNBV	estimación máxima de los activos y estimación mínima de obligaciones y responsabilidades de las casas de bolsa
212	SHCP	Medidas para prevenir lavado de dinero en C de B
213	CNBV	Inversión de capital pagado y reservas de las C de B
214	CNBV	Empresas que presten servicios complementarios a las C de B
216	CNBV	Actividades de las C de B en el mercado exterior
218	CNBV	Días de cierre de oficinas de las C de B
219	CNBV	Contratación de prestadores de servicios a las C de B
219	CNBV	Determinación de los servicios que podrán ser contratados con terceros
223	CNBV	Aspectos mínimos de los contratos de proveeduría de servicios que celebren las C de B
224	CNBV	Normas prudenciales sobre liquidez, solvencia y estabilidad de las C de B
229	CNBV	Certificaciones emitidas por asesores de inversiones.
229	CNBV	Requisitos de organismos autorregulatorios
235	SHCP	Documentación e información para autorizar una Bolsa de Valores
236	CNBV	Requisitos para consejeros y directivos de las B de V
237	CNBV	Capital mínimo de las B de V
243	CNBV	Aplicación de capital contable de las B de V
244	SHCP	Actividades permitidas a las B de V
252	CNBV	Información que las B de V deban dar a las autoridades financieras
254	CNBV	Documentación e información para autorizar una sociedad que administra sistemas para facilitar operaciones con valores (SASFOV)
259	CNBV	Información que deben presentar las SASFOV
263	CNBV	Reconocimiento de emisores o mercados extranjeros
273	SHCP	Documentación e información para autorizar instituciones para el depósito de valores (INDEVAL)
274	SHCP	Capital mínimo de las INDEVAL
279	CNBV	Aplicación de capital contable de las INDEVAL
280	CNBV	Usuarios de los servicios de las INDEVAL
280	CNBV	Servicios que presta o recibe una INDEVAL
280	SHCP	Servicios adicionales que presta una INDEVAL
302	SHCP	Documentación e información para otorgar concesión a Contrapartes Centrales de Valores (CCV)
303	SHCP	Capital mínimo de las CCV
307	SHCP	Actividades de las CCV
314	CNBV	Contabilidad de las CCV
316	CNBV BM	Información y documentos a CNBV y BM por parte de las CCV
318	CNBV	Aplicación de capital contable de las contrapartes centrales de valores
324	CNBV	Documentación e información para autorizar Proveedor de Precios (PP)
326	CNBV	Requisitos mínimos de código de conducta de los PP
333	CNBV	Información a la CNBV por parte de los PP
335	CNBV	Documentación e información para autorizar Institución Calificadora de Valores (ICV)
336	CNBV	Requisitos mínimos de código de conducta de las ICV
339	CNBV	Difusión al público de las calificaciones que hagan las ICV
339	CNBV	Información a la CNBV por parte de las ICV
343	CNBV	Requisitos de los auditores externos
343	CNBV	Requisitos sobre independencia

367	CNBV	Condiciones y causas de traspasos de acciones de la emisora a fideicomisos para planes de opciones y compra de acciones.
367	CNBV	Excepciones al régimen de enajenación de valores de fondos de pensiones
371	CNBV	Lineamientos de control de operaciones relacionadas
392	CNBV	Casos de información al público cuya omisión provoca sanción
414	CNBV	Recomendaciones dirigidas al público por diversas personas
417	CNBV	Uso de medios de difusión de información
419	CNBV	Requisitos de presentación y plazos de información que deben presentar las C de B y demás entidades financieras.
414	CNBV	Recomendaciones dirigidas al público por diversas personas
417	CNBV	Uso de medios de difusión de información
108 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO**

Art.	Autoridad	Materia
6	SHCP/CNBV	Documentación e informes necesarios para solicitar autorización.
11	CNBV	Registro De certificados y bonos de prenda. Operación de Almacenes Generales de Depósito
12	SHCP	Requerimientos mínimos de capitalización Almacenadoras.
13	SHCP	Manejo de bodegas propias o arrendadas por Almacenes. Proporción de certificados emitidos con capital y reservas. Integración de grupos para determinar montos de riesgo.
15 F. I	SHCP	Inversión del capital en acciones. Importe de inversiones contra capital pagado y reservas.
15	SHCP	Determinación de reservas de capital.
16A	SHCP	Reservas de contingencia de Almacenes.
17	CNBV	Porcentaje de valores de certificados en bodegas ajenas
23 VI	BM	Operación con divisas en el extranjero por Almacenadoras.
24 F IV	SHCP	Otras fuentes de financiamiento para Arrendadoras.
24	SHCP	Otras operaciones análogas y conexas para Arrendadoras
27	SHCP	Otras opciones terminales para arrendamientos financieros.
36	BM SHCP	Límites y condiciones de créditos obtenidos por Arrendadoras Obligaciones contingentes de las Arrendadoras
37	SHCP SHCP	Inversión en acciones. Reservas de capital
38	BM	Operaciones con divisas Arrendadoras
40f XVII	SHCP	Actividades análogas o conexas permitidas a las Uniones de Crédito.
43 F VIII	SHCP	Inversión acciones de inmobiliarias UC
45 bis 2	SHCP	Reglas para establecimiento de filiales extranjeras.
45 A	SHCP	Reglas de Operaciones para Empresas de Factoraje
45 B	SHCP	Administración y cobranza por terceros de factorajes.
45 B	BM	Contratos de factoraje en moneda extranjera
45 M	BM	Límites y condiciones de créditos pedidos por E F.
45 P	SHCP	Cómputo de reservas de capital de EF.
45 P	SHCP	Reservas de capital computables.
45 T	BM	Operaciones con divisas. EF
45 bis 2	SHCP	Establecimiento de filiales del exterior.
52	CNBV	Contabilidad, libros y su conservación. Microfilmación de documentos.
53	CNBV	Forma y términos de estados financieros de las OAAC.

		Dictámenes de los auditores externos a los estados financieros . Requisitos que deben cubrir los auditores externos.
54	CNBV	Estimación de activos y obligaciones de las OAC
68	SHCP	Sociedades que presten servicios a OAC
72	BM	Operaciones activas e las OAC con extranjeros
82	BM	Operaciones de Casas de Cambio.
84 f V	BM	Operación con divisas y metales de Casas de Cambio
84 f VI	CNBV	Información financiera sobre el giro de las CC.
84 A	SHCP	Inversión de capital pagado y reservas de las CC.
95	SHCP	Normas sobre prevención de lavado de dinero.
6 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS**

Art.	Autoridad	Materia
7	SHCP	Requisitos para solicitar autorización para una IF.
9	SHCP	Consortios de IF para servicios auxiliares.
15 II	SHCP	Capital mínimo de las IF.
15 II	SHCP	Capitalizaciones que se deriven de utilidades y superávit por revaluación de inmuebles
15 III	SHCP	Sociedades que no pueden ser socias de una institución de fianzas Tenencia de capital.
15 IV	SHCP	Representación de las acciones de las IF.
15 VIII bis 4	CNSF	Integración de expedientes de consejeros y funcionarios.
15 bis	CNSF	Comités mínimos del consejo de administración de las IF.
15 Bis 1	CNSF	Informe del Contralor normativo de las IF.
15 B	SHCP	Establecimiento de Filiales del exterior.
16 I	SHCP	Operaciones de las IF
16 XV	BM	Características de las operaciones fiduciarias de las IF.
16 XV	SHCP	Monto máximo de recursos en fideicomiso por una IF.
16 XVI	SHCP	Emisión de obligaciones subordinadas.
17	SHCP	Límite máximo de retención por acumulación de responsabilidades
18	SHCP	Capital base de operaciones de las IF.
20	SHCP	Casos de una misma responsabilidad, aunque varias pólizas.
24	SHCP	Garantías de recuperación.
34	SHCP	Registro de reafianzadoras extranjeras.
35	SHCP	Limitaciones al reafianzamiento tomado y cedido.
37	SHCP,CNSF	Operaciones de Instituciones reafianzadoras
38	SHCP	Fianzas en moneda extranjera.
39	SHCP	Fianzas “peligrosas” y sus requisitos.
40	SHCP	Inversión de capital y reservas.
44	CNSF	Adquirir, enajenar o prometer en venta inmuebles.
46	SHCP	Reservas técnicas y reservas especiales.
48	CNSF	Valuación de reservas técnicas.
49	SHCP	Constitución, inversión y retención de las reservas de reafianzamiento.
55	SHCP	Disposición de inversiones de las reservas.
55	SHCP	Bases para reconstituir reservas.
59	SHCP	Inversión de reservas de fianzas.
60 I	SHCP	Otorgamiento de otras garantías por una IF.
60 II	CNSF	Garantías para asegurar las operaciones de una Institución de fianzas
60 III	SHCP	Préstamos para mantener liquidez.
60 VI bis	BM	Operaciones interdepartamentales permitidas

60 IX	SHCP	Valuación de bienes adjudicados y dados en pago.
61	CNSF	Registros de pasivos de las IF.
63	CNSF	Microfilmación y conservación de documentos.
65	CNSF	Presentación y aprobación de Estados financieros y dictamen anual.
65 bis	SHCP	Régimen de inversión de los sistemas de pensiones para el personal de las IF.
67	CNSF	Información a la CNSF y el medio automatizado de transmisión.
67 bis	CNSF	Información al público de situación financiera de las instituciones.
78	SHCP	Operación de sucursales y oficinas de servicio.
79	SHCP	Operación de sociedades que presten servicios a IF.
79 bis	SHCP	Contratación de servicios auxiliares.
79 bis 2	SHCP	Régimen de sociedades inmobiliarias.
81	CNSF	Propaganda y publicidad.
81 bis	CNSF	Autorización de cierre y suspensión de operaciones.
85	SHCP	Cláusulas invariables de los contratos y pólizas de fianzas.
86	CNSF	Criterios de las notas técnicas.
86 bis	CNSF	Uso de equipos automatizados.
87	SHCP	Actividades de los agentes de fianzas.
94	CNSF	Depósito de bienes sujetos a juicio.
104 bis 2	CNSF	Programas de auto corrección.
112	SHCP	Prevención de operaciones con bienes producto de delitos (lavado de dinero).
56 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS**

Art.	Autoridad	Materia
7	SHCP	Operación y desarrollo del ramo de salud
11	SHCP	Operaciones de los consorcios
13	SHCP	Asociaciones que sin expedir pólizas, concedan a sus miembros seguros
16	CNSF	Requisitos para solicitar autorización.
23	SHCP	Actividades de los agentes de seguros
26	SHCP	Autorización a intermediarios de Reaseguro
27	SHCP	Registro de reaseguradoras extranjeras
28	SHCP	Oficinas de representación de aseguradoras extranjeras
29 I	SHCP	Capitalizaciones derivadas de utilidades y revaluación.
29 II	SHCP	Sociedades que no pueden participar en capital de IS
29 II	SHCP	Información sobre tenencias accionarias
29 III	SHCP	Participación en Asambleas
29 VII BIS-4	CNSF	Integración de expedientes de consejeros y funcionarios.
29 bis	CNSF	Comités mínimos del consejo de administración.
29 bis 1	CNSF	Informe del Contralor normativo,
33 B	SHCP	Establecimiento de Filiales del exterior.
34	SHCP	Operaciones fiduciarias.
35 I	SHCP	Actividades de reafianzamiento
35 I bis	SHCP	Operaciones de reaseguro
35 VII	SHCP	Riesgos en moneda extranjera
35 VIII	SHCP	Créditos que puede otorgar una I de S.
35 X	SHCP	Límites a créditos destinados a bienes inmuebles.
35 X	SHCP	Aplicación del destino de tales créditos.
35 XIII bis	SHCP	Emisión de obligaciones subordinadas
35 XIV	SHCP	Viviendas e inmuebles de productos (fracción XIII, artículo 34)
35 XV	CNSF	Adquisición de bienes

35 XVI	SHCP	Límites para inversión de recursos
35 XVI bis a),	BM	Características y limitaciones de operaciones fiduciarias.
35 XVI bis b)bis	CNSF	Sistema automatizado para la recepción, registro, ejecución y asignación de operaciones con valores
35 XVI bis g)	SHCP	Monto máximo de recursos en fideicomisos
35 XVII	SHCP	Operaciones generales (frac. II a XIV, art.34)
36	SHCP	Utilización de los servicios médicos de la institución
36 D	CNSF	Ofrecimiento al público de operaciones y servicios.
36 E	CNSF	Uso de equipos y sistemas automatizados.
37	SHCP	límites máximos de retención de I de S en un solo riesgo
41	CNSF	Información al público de los Agentes de Seguros
43	SHCP	Máximos de responsabilidades con un mismo grupo.
47 I	CNSF	Registro de métodos para reservas matemáticas en seguros de vida constantes.
47 I bis	SHCP	Reserva matemática primas pólizas en vigor. Métodos actuariales. Pensiones derivados de las leyes de seguridad social
47 II	CNSF	Registro de métodos para reservas matemáticas en seguros de vida a un año.
47 II bis	SHCP	Reservas y métodos actuariales en seguros de pensiones y reaseguros.
47 III a)	CNSF	Registro de métodos para reservas matemáticas en operaciones de accidentes y enfermedades y de daños
47 III b)	SHCP	Reserva para reaseguros en operaciones de accidentes y enfermedades y de daños.
47 IV	SHCP	Reservas para seguros de terremoto y otros riesgos catastróficos.
47 V	SHCP	Reservas para planes de seguros con características especiales,
47 VI	SHCP	Reservas para reaseguro aceptado del extranjero
47 VI	SHCP	Tablas de mortalidad, invalidez, morbilidad y sobrevivencia, así como la tasa máxima de interés compuesto
50 I	CNSF	Reservas en siniestros sin valor comunicado.
50 II	SHCP	Reservas para obligaciones pendientes de cumplir
52	SHCP	Reservas técnicas especiales.
52 bis	SHCP	Procedimiento cálculo constitución reservas técnicas, así como los mecanismos para su utilización
52 bis 1	SHCP	Fondo en fideicomiso Seguros de pensiones.
52 bis 2	SHCP	Manejo de recursos de los fideicomisos.
53	CNSF	Valuación de las reservas técnicas
55	SHCP	Incremento de reservas técnicas.
55 III	SHCP	Plazos para inversión de reservas e incrementos periódicos
56	SHCP	Inversión de recursos y clasificación de activos
57	SHCP	Inversión en activos de las reservas.
58	SHCP	Inversiones en que deben mantener las reservas técnicas.
59	SHCP	Depósito de valores que constituyen las reservas técnicas.
60	SHCP	Procedimiento para determinar capital mínimo de garantía (IS)
61	SHCP	Inversión capital pagado, reservas y demás rubros de capital (I S)
62 II	CNSF	Límites de toma de créditos por las instituciones.
62 VI	BM	Operaciones fiduciarias con la propia institución.
62 VI	BM	Créditos de fideicomisos a personas relacionadas.
64 bis	SHCP	Organización y el régimen de inversión de los sistemas de pensiones del personal
65	SHCP	Operación y funcionamiento de oficinas de IS.
68	SHCP	Operación de empresas prestadoras de servicios
68 bis	SHCP	Sociedades inmobiliarias
69	SHCP	Contratación de servicios
69 bis	SHCP	Contratos de exclusividad con sociedades que presten servicios de

		administración.
71	CNSF	Propaganda y publicidad
74 bis 2	CNSF	Programas de auto corrección.
74 bis 2	CNSF	Informe del Contralor Normativo.
82 IV	SHCP	Riesgos en moneda extranjera de una Sociedad Mutualista.
82 V	SHCP	Créditos que pueden otorgar las Sociedades Mutualistas
82 VII	SHCP	Importe de créditos destinados a inmuebles. (SM)
82 XI	SHCP	Características de Vivienda e inmuebles de inversión (SM)
82 XII	CNSF	Realización de inmuebles y derechos fiduciarios (SM)
82 XIII	SHCP	Límites plazos y tasas de financiamientos otorgados (SM)
82 XIV	SHCP	Operaciones en general (SM)
92	SHCP	Inversión de fondos y reservas de sociedades mutualistas.
93 IV	CNSF	Límites de toma de créditos por las sociedades mutualistas.
93 VI	CNSF	Garantías otorgadas por SM
94	SHCP	Operaciones y funcionamiento de oficinas (SM).
99	CNSF	Valuación de acciones (IS y SM)
100	CNSF	Conservación de documentos e información.
105	CNSF	Aprobación y contenido de estados financieros, dictamen actuarial y dictamen de auditor externo de sociedades mutualistas y.
107	CNSF	Información a la CNSF y el medio automatizado de transmisión.
107 bis	CNSF	Información al público de situación financiera de las instituciones.
108 D	CNSF	Defensa y asistencia legal a servidores públicos de la Comisión
140	SHCP	Prevenir operaciones con recursos provenientes de delito.
92 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY DE SOCIEDADES DE INVERSIÓN**

Art.	Autoridad	Materia
2	CNBV	Activos del patrimonio de las SI
7	CNBV	Clasificaciones de SI
9	CNBV	Prospectos de información al público.
10	CNBV	Información en estados de cuenta.
12	CNBV	Capital mínimo de las SI.
15	CNBV	Operaciones de las SI
15	BM	Operaciones de reportos.
15	CNBV	Adquisición y venta de acciones.
15	CNBV	Adquisición o participación en aquellas operaciones que determine que impliquen algún conflicto de intereses
15	CNBV	Activos objeto de inversión
17	CNBV	Calificación de las SI
21	CNBV	Trato a Activos objeto de inversión cuando se excede o falta al porcentaje autorizado
22	CNBV	Inversiones hechas por SI de renta variable.
25	CNBV	Inversiones hechas por S.I. de Deuda
27	CNBV	Inversiones hechas por S.I. de Inversión de Capitales (SINCA)
28	CNBV	Condiciones de contratos de promoción.
29	CNBV	Tenencia de acciones de una sociedad promovida.
31	CNBV	Inversiones hechas por S.I. de objeto limitado.
32	CNBV	Servicios contratados por las SI.
33	CNBV	Actividades conexas de las Sociedades Operadoras (SOSI)
34	CNBV	Capital mínimo de las prestadoras de servicios a las SI
39	CNBV	Servicios prestados por las SOSI.

40	CNBV	Servicios de distribución de acciones de sociedades de inversión.
43	CNBV	Requerimientos de capital adicional.
44	CNBV	Servicios de valuación de las acciones de las SI
44	CNBV	Valuación de las acciones de las SI
45	CNBV	Diferenciales de precios sobre la valuación hecha y excepciones.
58	CNBV	Operaciones con el público inversionista.
59	CNBV	Comisiones y remuneraciones a prestadores de servicio.
60	CNBV	Operaciones automatizadas.
61	CNBV	Integración de expedientes de consejeros, administradores, etc.
77	CNBV	Aprobación de los estados financieros mensuales y anuales de las SI.
77	CNBV	Requisitos de auditores externos.
79	CNBV	Publicación de estados financieros.
80	CNBV	Publicidad de activos integrantes del patrimonio.
80	CNBV	Propaganda e información dirigida al público.
91	SHCP	Prevención de lavado de dinero
94	CNBV	Requisitos de presentación y plazos aplicables a las promociones que realicen las SI.
94	CNBV	Promociones que realicen las sociedades de inversión,
39 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO**

Art.	Autoridad	Materia
5 IV	CONSAR	Operación y pago de los retiros programados.
5 I	CONSAR	Operación de los sistemas de ahorro para el retiro
5 II	CONSAR	Constitución y funcionamiento participantes del sistema
8 IV	CONSAR	Régimen de inversión de las sociedades de inversión
8 V	CONSAR	Régimen de comisiones.
8 VI	CONSAR	Gastos que genere el sistema de aportaciones.
18	CONSAR	Cuentas que provienen del ISSSTE y similares.
18 bis	CONSAR	Información en los estados de cuenta.
24	CONSAR	Capital mínimo de las Afores.
28	CONSAR	Reserva especial de las Afores
37	CONSAR	Comisiones por aportaciones
41 II	CONSAR	Capital mínimo Siefores.
43	CONSAR	Régimen de inversión y recomposición de SIEFORES.
47	CONSAR	Elección de diversas sociedades de inversión por los trabajadores
48 VI	BM	Préstamos de valores y reportos de éstos por SIEFORES.
48 VII	BM	Préstamos y créditos obtenidos por las Siefores.
53	CONSAR	Publicidad.
56	CONSAR	Traspaso de cuentas en caso de liquidación
61 VI	CONSAR	Principios de confidencialidad y reserva de la información.
64 bis	CONSAR	Metodología para fijar precios de servicios contratados.
74 qater	CONSAR	Comisiones por administración de los recursos de fondos de previsión social
78	CONSAR	Procesos de aportaciones y retiros
82	CONSAR	Requisitos planes de pensión.
84	CONSAR	Reglas de Contabilidad.(Afores y Siefores)
87	CONSAR	Agrupación de cuentas para estados financieros.
90 VIII	CONSAR	Contratos de inversión entre Afore y los trabajadores.
93	CONSAR	Definir criterios y establecer reglas y procedimientos a los que deban ajustarse los participantes en los sistemas de ahorro para el retiro.

98	CON SAR	Traspaso de cuentas en caso de intervención.
108 bis	SHCP	Prevención de lavado de dinero.
29 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA AL USUARIO DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS.**

Art.	Autoridad	Materia
22	Junta de Gobierno de la CONDUSEF	Aprobar el Estatuto Orgánico y las normas internas necesarias para el funcionamiento de la Comisión Nacional;
28	Junta de Gobierno de la CONDUSEF	Funcionarios que integren la Comisión.
38	Junta de Gobierno de la CONDUSEF	Organización y funcionamiento de los Consejos Consultivos.
42	Secretaría de la función pública	Facultades del órgano de control interno.
46	CONDUSEF	Registro de Prestadores de Servicios Financieros
72 bis	CONDUSEF	Reglas sobre juicios arbitrales en amigable composición o de estricto derecho
6 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY DE PROTECCIÓN AL AHORRO BANCARIO.**

Art.	Autoridad	Materia
14	IPAB	Seguro de cuentas mancomunadas.
21	Junta Gobierno IPAB	Reglamento Interno
64	Junta Gobierno IPAB	Licitación pública de bienes.
80	Junta Gobierno IPAB	Reglamento Interno
Quinto Transitorio	Junta Gobierno IPAB	Instrumentos de Garantía o de Pago en operaciones de canje.
5 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
LEY DE AHORRO Y CRÉDITO POPULAR**

Art.	Autoridad	Materia
3	CNBV	Asignar nivel de operaciones.
10	CNBV	Cómo acreditar la solvencia moral y económica de los principales funcionarios.
16	CNBV	Exceptuar de comités de crédito a las entidades.
29	CNBV	Establecer el nivel de operación que requiera solicitar información al auditor externo.
32	CNBV	Funcionamiento de las Entidades y fijar Niveles de Operación.
36	CNBV	Otorgamiento de préstamos de liquidez a las entidades.
53	CNBV	Reglamento interior de los organismos de integración

55	CNBV	Forma y metodología en que los organismos de integración ejercerán las funciones de supervisión auxiliar
55	Organismos de integración	Reglas prudenciales a entidades afiliadas (ya sea una federación o una confederación).
55	CNBV	Establecimiento por los organismos de integración del programa de control y corrección interno para prevenir conflictos de interés
63	CNBV	Exceptuar a federaciones de algún órgano.
63	CNBV	Fijar atribuciones de órganos, el gerente general y el contralor normativo, así como el auditor legal.
68	CNBV	Fijar facultades al Comité de Supervisión de las federaciones.
69	CNBV	Fijar obligaciones al Comité de Supervisión de las federaciones.
73	CNBV	Fijar los rangos de capitalización que determinarán cada una de las categorías del artículo 74.
108	CNBV	Fijar rangos de las aportaciones al fondo de protección.
108	CNBV	Normas de inversión del Fondo de Protección.
110	CNBV	Fijar requisitos de integrantes del Comité Técnico del Fondo de Protección.
115	CNBV	Determinar forma y términos en que se cubrirán las cantidades que pague el Fondo de Protección.
116	CNBV	Emitir lineamientos de regulación prudencial de manejo de riesgo.
116	CNBV	Normas sobre capitales mínimos.
116	Organismos de integración	Emitir reglas de carácter prudencial a sus afiliadas
117	CNBV	Manejo de la contabilidad
118	CNBV	Presentación de información adicional a los estados financieros
124	SHCP	Normas de prevención de lavado de dinero.
25 facultades reglamentarias		

**REGLAS GENERALES ORDENADAS POR LA
Ley de Sociedades de Información Crediticia**

Art.	Autoridad	Materia
8	CNBV	Capital mínimo de las SIC
9	CNBV	Integración de expedientes de consejeros y funcionarios.
12	BM	Operaciones y actividades en general.
17	SHCP	Cuotas de inspección y vigilancia.
17	BM y CNBV	Información que deben entregar las SIC a las autoridades.
20	BM	Obligación a las entidades financieras de dar información a las SIC.
23	BM	Eliminación de información en las SIC
36	BM	Estándares para la comunicación de las Bases Primarias de Datos
36	BM	Cobro de cuotas por transferencias de las Bases Primarias de Datos.
36	BM	Plazos y condiciones de envíos de Reportes de Créditos Especiales a otras SIC.
67	BM	Mecanismo gradual para reducir el plazo de respuesta respecto a las reclamaciones que formulen los Clientes ante las Sociedades,
11 facultades reglamentarias		

CAPÍTULO 4

LA AGRUPACIÓN FINANCIERA.

CONTENIDO:

- 1 Significado de “Agrupación Financiera”.
 - 2 Formación de las agrupaciones financieras.
 - 2.1 La primera legislación de organización de grupos financieros.
 - 2.2-La separación de las instituciones.
 - 2.3 Las experiencias del extranjero.
 - 3 Los principios rectores de la agrupación financiera en México.
 - 3.1 Principio de libertad de asociación.
 - 3.2 Principio de autorización.
 - 3.3 Principio de formalidad en la constitución.
 - 3.4 Principio de integración discrecional.
 - 3.5 Principio de no concentraciones indeseables.
 - 3.6 Principio de especialidad.
 - 3.7 Principio de separación.
 - 3.8 Principio de Inspección y Vigilancia ad hoc.
 - 3.9 Principio de denominación y actuación conjunta.
 - 3.10 Principio de responsabilidad subsidiaria.
 - 3.11 Principio de pulverización de capital.
- Conclusión.

1.- Significado de “Agrupación Financiera”.

La formación de grupos de sociedades es un fenómeno que ha venido surgiendo con alguna intensidad especialmente durante la segunda mitad del siglo XX, la doctrina desarrollada ha sido más o menos abundante. Esto no ha sido así en México, poca doctrina ha habido y la legislación poco se ha ocupado del fenómeno, dos excepciones a dicha afirmación son la legislación fiscal y la legislación financiera.

Los grupos de sociedades tienen como característica principal el que se trata de una diversidad de entidades jurídicas que presentan una unidad en el sentido económico y empresarial: unidad empresarial - pluralidad de entidades. *“Frente a una unidad empresarial en sentido económico existe una pluralidad de entidades cada una con personalidad jurídica propia”*.¹

La pluralidad de entidades es fácil de concebir, se trata de diversas personas jurídicas cada una con su personalidad, patrimonio y objeto propios. La unidad empresarial es más difícil de explicar porque es un fenómeno que no es de naturaleza jurídica. Se trata fundamentalmente de la existencia de una sociedad dominante y de un propósito de diversificar riesgos.

Una sociedad es dominante por la razón de que resulta ser propietaria de capital de las demás personas jurídicas que forman el grupo en tal cantidad que le permite tener un control absoluto de las decisiones de la asamblea y de designación de los órganos de administración. También es dominante, porque tal estructura jurídica le permite orientar el quehacer y el propósito de negocios de cada una de las empresas que lo conforman.

¹ ORIOL LLEBOT MAJÓ, JOSÉ. Grupos de Entidades de Crédito. Editorial Civitas S.A. Madrid 1993, página 90.

El grupo de accionistas dueños del capital de las empresas que forman un grupo es el mismo, sólo que en lugar de invertir directamente en cada sociedad, invierten en el capital de una controladora que, a su vez, es dueña de los capitales de las sociedades.

La diversificación de riesgos es el propósito mercantil más claro en un grupo. La directiva empresarial de éste decide aventurarse en una nueva empresa (constituyéndola o adquiriéndola) pero no desea que el éxito o fracaso de la misma contamine la marcha de las otras empresas que forman el grupo. Puede tratarse del mismo socio capitalista en último extremo, se trata de la misma dirección y filosofía empresarial pero debe mantenerse independiente por salud de ese negocio, de los demás y, en último término del propio socio capitalista.

Los objetos sociales de las empresas afiliadas a un grupo pueden ser idénticos, similares, complementarios o absolutamente disímbolos. La unidad empresarial puesta por la sociedad dominante les da a los integrantes su común denominador. En ocasiones las diversas partes de un proceso industrial están abordadas por sociedades que al reunirse en un grupo suman el proceso total o los diversos insumos son proveídos por sociedades distintas. Así puede seguirse hasta el grado de sociedades que no dependen una de otra para su función.

Esta posibilidad de diversidades ha hecho más grande el concepto de grupos económicos y ha formado los llamados consorcios en donde hay grupos, es decir, un consorcio sería un grupo conformado por varios grupos, pero en el fondo el fenómeno es el mismo, existe una sociedad dominante y se diversifican los riesgos.

Las estructuras corporativas de un grupo pueden ser diseñadas matricialmente para que unas sean espejo de las otras, esta es una consecuencia común en los grupos, desde luego no es obligatorio ni mucho menos, pero es una medida que facilita la administración y la dirección uniforme.

El grupo no es pues una entidad jurídica, sino una entidad de tipo económico que tiene una estructura jurídica detrás. Esta aclaración es importante porque en el caso específico de los Grupos Financieros en México se ha producido un par de fenómenos curiosos.

El primero consiste en el hecho indubitable que las leyes financieras se refieren a la realidad “grupo” separándola de la realidad de sus integrantes (controladora y detentada) y es una realidad que empieza a tener consecuencias jurídicas, por ejemplo el de la denominación. Los Grupos Financieros deben tener una denominación que las entidades que lo conforman deben incorporar al propio o por lo menos referir (Artículo 8º, fracción II LRAF).

Una consecuencia jurídica que no tiene la agrupación financiera es la fiscal pues las entidades que la integran no consolidan sus estados financieros en los términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta aunque lo hacen para efectos de divulgación a las autoridades reguladoras y al público.

Por otro lado, esa realidad “Grupo Financiero” no tiene ni personalidad jurídica, ni patrimonio, ni órganos propios.

El segundo es que se ha dado una confusión entre lo que es el Grupo Financiero y lo que es la controladora del Grupo. Ello se ha debido fundamentalmente porque la mayor parte de las controladoras existentes han dado en denominarse “Grupo Financiero XXX, S.A.” y en llamar “Director del Grupo” al que lo es de la controladora.

En el caso concreto de las agrupaciones del sistema financiero mexicano, lo que se ha previsto, a través de una ley específica, es que la mayor parte de los intermediarios que prestan servicios referidos a los diversos aspectos de la intermediación financiera, puedan asociarse entre sí, alrededor de una empresa controladora, conformando así un “Grupo Financiero” para poder ofrecer una gama amplia de servicios y operaciones financieras a su público, aprovechando el concepto de economía de escala que orienta la sinergia de la agrupación.

2.- Formación de las agrupaciones financieras.

2.1.- La primera legislación de organización de grupos financieros.

El artículo 99 bis de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, insertado en una reforma a la ley de fecha diciembre de 1970 consagró la posibilidad de que varios intermediarios financieros que tuviesen nexos patrimoniales de importancia, pudieran seguir una política financiera coordinada ostentándose ante el público con el carácter de grupos financieros. Durante la vida de esta agrupación debían publicar estados numéricos en que se consoliden las cifras de los balances individuales de las instituciones integrantes.

Las entidades interesadas tenían que celebrar entre sí un convenio para garantizarse la reposición de las pérdidas de sus capitales pagados. Adicionalmente debían integrar un fondo común que se iba formando con la aportación del 10% de las utilidades de cada entidad (después de Impuesto Sobre la Renta y Participación de los Trabajadores en las Utilidades). El fondo, que sería administrado por Banco de México, se seguiría incrementando hasta llegar a ser igual al 50% de la suma de los capitales pagados y reservas de las entidades que lo conforman

Como las participaciones en el fondo citado tenían por destino el reponer las pérdidas de los capitales pagados, no computaban para capacidad de pasivos ni inversiones obligatorias.

El contrato celebrado por las instituciones tenía que ser materia de aprobación específica por las asambleas extraordinarias de las instituciones que lo celebraban y por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Debía asimismo contemplar las mecánicas de aplicación de los rendimientos del fondo y de los rescates a que tuvieren derecho las instituciones integrantes del grupo, especialmente en el caso de liquidación. El contrato podía ser concluido por las partes pero mediante un aviso con tres años de anticipación.

Como alternativa para las instituciones, éstas podían, en vez de celebrar el contrato de garantía, establecer un régimen de obligaciones y responsabilidades recíprocas limitadas.

ARTÍCULO 99 bis.- Las agrupaciones de instituciones de crédito que se obliguen a seguir una política financiera coordinada y entre las cuales existan nexos patrimoniales de importancia, podrán ostentarse ante el público con el carácter de grupos financieros, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

Las instituciones deberán garantizarse la reposición de las pérdidas de sus capitales pagados, conforme a las bases siguientes:

I.- Las instituciones se obligarán a separar anualmente por lo menos, un 10% de las utilidades que resulten después de pagar el impuesto sobre la

renta y la participación a los trabajadores. Con las cantidades que separen un fondo común hasta que éste alcance un importe igual a la suma del 50% de los capitales pagados y reservas de capital de las instituciones agrupadas.

Las cantidades que las instituciones separen para el fin señalado no formarán parte del capital y reservas de capital de las instituciones agrupadas para el efecto de computar su capacidad de recepción de pasivos ni para cubrir sus inversiones obligatorias.

Las instituciones que tengan la obligación ilimitada de responsabilidad recíproca respecto a la reposición de sus pérdidas de capital, podrán dejar de constituir, total o parcialmente, según sus nexos patrimoniales, el fondo de que se trata, de acuerdo con la autorización que, con base en normas de carácter general, otorgue la Secretaría de Hacienda;

II.- El fondo común deberá ser administrado en fideicomiso por el Banco de México. Los recursos que formen el fondo común deberán invertirse en valores emitidos por el Gobierno Federal o por instituciones nacionales de crédito ú otras inversiones que determine el Banco de México;

III.- Para la celebración del contrato de garantía requerirán la aprobación previa de asambleas extraordinarias de accionistas.

Los términos del contrato de garantía y del contrato de fideicomiso requerirán de la aprobación de la Secretaría de Hacienda;

IV.- Solamente deberán reponer pérdidas con cargo al fondo, cuando éstas hayan sido previamente determinadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y con la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

V.- Para que las instituciones puedan rescindir el contrato de garantía, se requerirá que lo soliciten con tres años de anticipación a las demás instituciones agrupadas y la rescisión surtirá efectos a partir de transcurrido dicho plazo, salvo el caso de oposición. Si la solicitud de rescisión es objetada por alguna de las demás instituciones, la controversia será resuelta en juicio arbitral por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros;

VI.- Los contratos de garantía y de fideicomiso deberán prever la aplicación de los rendimientos del fondo, así como los rescates a que tengan derecho las instituciones agrupadas en caso de liquidación total o parcial del mismo. Los grupos de instituciones de crédito podrán publicar estados numéricos en que se consoliden las cifras de los balances individuales de las instituciones que lo integren. Dichos estados deberán formularse conforme al agrupamiento de cuentas que establezca la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Refiriéndose a esta estructura de agrupaciones, dice el jefe del poder ejecutivo en su iniciativa de reformas a la ley bancaria unos años después: “*La legislación bancaria mexicana fue estructurada, básicamente, en la decena de los años 30, estableciendo un nuevo sistema que substituyó al que desapareció en la etapa violenta de la Revolución, sobre la base de un concepto, entonces prevaleciente en la doctrina y legislación*

*extranjeras, de banca especializada, Dicho concepto, establecía diferentes categorías de instituciones y operaciones bancarias, en razón de la naturaleza y plazos de los recursos que captaba la banca y de su aplicación. Sin embargo, la dinámica de la realidad fue superando las fronteras establecidas en la ley y, en el curso del tiempo, se fueron formando grupos financieros integrados por distintas instituciones que gozaban de concesión para operar en los distintos ramos que preveía la legislación vigente, con base en el criterio de banca especializada”. Y más adelante añade: “Con base en esta nueva disposición legal, las autoridades competentes han estado en mejores condiciones para regular el fenómeno de las agrupaciones bancarias y han seguido una política de franco aliento a la formación de grupos financieros de tamaño intermedio, con el objeto de contrarrestar la concentración de recursos bancarios en unos cuantos grupos; todo ello, para propiciar un desarrollo más sano y equilibrado del sistema bancario. Hasta el momento, ha sido autorizada la constitución de 15 grupos financieros, habiéndose logrado, en algunos casos, que dicha integración se efectúe entre instituciones medianas y pequeñas que operan a nivel de la provincia, lo cual, además de llenar el objetivo señalado de un mayor equilibrio en el desarrollo bancario del país, ha coadyuvado a la descentralización de la actividad bancaria y, con ello, a lograr un mayor apoyo crediticio al desarrollo regional.”*²

2.2. La separación de las instituciones.

Durante la época de la banca nacionalizada (1982 - 1990) una de las características seguidas por el Sistema Financiero Mexicano fue la de evitar concentraciones de entidades financieras, limitando tanto a los accionistas de unas, como a las mismas entidades, serlo de algunas otras. Sin embargo las entidades que sí podían integrarse lo siguieron haciendo (Por ejemplo, tanto los Bancos como Casas de Bolsa, invirtieron en arrendadoras, empresas de factoraje, casas de cambio, etc.)

Eso produjo dos resultados: En primer lugar, se crearon **sistemas paralelos**: Las Casas de Bolsa fueron llamadas precisamente “bancas paralelas” por sus incursiones en el terreno de los Bancos y, a su vez, los Bancos desarrollaron departamentos de banca de inversión que, en ocasiones llegaron a ser más poderosos que muchas Casas de Bolsa; en segundo lugar, las entidades financieras siguieron **agrupándose** de hecho: En la medida que la ley lo permitía se siguieron buscando asociaciones y coinversiones que permitieran ofrecer paquetes integrados de servicios financieros.

Todo eso no revelaba más que una sola cosa: la agrupación es indispensable, la tendencia es ineludible. Ya lo veía con claridad el legislador mexicano cuando en la iniciativa de reformas para la creación de la Banca Múltiple decía: “*La situación mundial a la que antes me he referido, que está induciendo en los mercados financieros internacionales el fortalecimiento de las grandes instituciones bancarias y el demérito de las instituciones pequeñas, por una parte, y la situación que se observa todavía en la estructura bancaria de nuestro país, en donde al lado de los grupos financieros autorizados subsisten un número elevado de instituciones pequeñas, de tamaño económico insuficiente y con altos costos de administración, y en situación competitiva desfavorable frente al resto de las instituciones que han seguido la tendencia del agrupamiento, nos ha llevado a la conclusión,...* etcétera).³

² Exposición de motivos de la iniciativa de reformas a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 29 de diciembre de 1974. Tomado de SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México, 1980. Página 687.

³ Tomado de SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México, 1980.

2.3.- Las experiencias del extranjero.

El fenómeno de la agrupación financiera ha discurrido en el mundo con algunas variantes. Es posible determinar fundamentalmente tres modelos de agrupaciones financieras: El de la *Bank Holding Company Act* de 1956 (Estados Unidos); Las *Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio* (Decreto legislativo 20 noviembre 1990 n. 356 - Italia), y la normativa comunitaria derivada de la Directiva 89/ 646 de la Unión Europea.

Estos tres modelos giran alrededor de la estructuración y combinación de dos principios básicos y rectores de la actividad: el de especialización y el de separación:

El principio de **especialización** consiste en que las actividades que forman el objeto social están determinadas por el legislador y son más o menos limitativas. Este principio es el que induce la necesidad de la agrupación para poder ejercitar y ofrecer al público el conjunto de las actividades propias del mercado financiero.

El principio de **separación** alude a la prohibición de integrar a su objeto actividades industriales o comerciales y viceversa, es decir que empresas industriales o comerciales incluyan en su objeto las actividades financieras. Este principio es mantenido sobre todo con miras a legislaciones o normatividades antimonopólicas o concentradoras.

a) Primer modelo: Es el ofrecido por la práctica tradicional de los Estados Unidos en la que ambos principios se encontraban encarnados a su máxima expresión. Las entidades financieras no pueden ni dominar ni estar dominadas por empresas con actividad industrial o comercial. (*Bank Holding Company Act*). Las *Bank Holding Companies* (controladoras) sólo pueden, en su objeto social, dedicarse a la banca, prestar servicios a sus empresas tenidas y tener como controladas bancos o actividades estrechamente relacionadas con bancos conforme lo disponga o una norma de carácter general o una autorización específica.

Por disposición de la Glass Steagall Act, las actividades del mercado bancario y del mercado de valores han venido estando separadas de modo que ni a través de una *bank holding company* pueden reunirse en un grupo financiero ambas clases de entidades. Por lo que toca a la actividad aseguradora, existe también el principio de separación. De tal manera, los tres mercados financieros (depósito, valores, seguros) están separados, ninguna de las entidades que se desempeñan en uno de esos mercados puede realizar actividades de los otros ni directamente ni a través de una controladora, ya sea propiedad de ellas o de la que ellas sean propiedad. Los dos principios: el de la especialización y el de la separación están cumplidos.

Sin embargo, por un lado ya se ha iniciado el relajamiento de la vigencia de dicha ley y se dan pasos seguros hacia su desaparición, por otro lado es profusa la legislación que regula a las controladoras propietarias de diversas entidades financieras. La sección 20 de dicha ley que regula la separación entre los bancos comerciales y las empresas de valores ha ido permitiendo a través de diversas reformas que controladoras bancarias puedan invertir en emisiones de empresas de valores hasta un determinado límite.⁴

“Lo que han venido siendo industrias financieras separadas, confinadas en oligopolios sueltos con muchas instituciones financieras locales, puede convertirse en un

⁴ “The attempted separation of the banking and securities industries has not been very succesful and has continued to erode. In the 1980’s the banking industry began to move aggressively to find ways of expanding its securities activities notwithstanding the Act’s provisions.” FERNANDO GARCÍA DE LUCA en “Banks & Securities Firms: The Glass Steagall Act Diluted.” Reid & Priest’s International Business Transactions Newsletter. May 1997.

*oligopolio más concentrado de dimensiones nacionales de conglomerados financieros con una competencia debilitada de instituciones locales e independientes más pequeñas”*⁵

Las tendencias que se vislumbran en el mercado financiero de los Estados Unidos pueden discurrir por cualesquiera de dos enfoques: o bien, uno, mantener las instituciones separadas e independientes de empresas industriales o comerciales; o bien, dos, la desaparición de los límites y barreras (conocidos como “*Firewalls*”) que representan las leyes Glass-Steagall (separación de industrias), Bank Holding Act (límites de participación de otras industrias) y Mac Fadden-Douglas (práctica de banca más allá de los límites del estado de la federación donde han recibido autorización de operar).⁶

b) Segundo modelo: algunas de las entidades podrían, mediante la participación en otras, practicar actividades que solas no podrían. Al igual que en el primer modelo, divorcio con actividades industriales y mercantiles.

Este modelo, el italiano, estructura su regulación a partir de cuáles acciones son adquiridas por una entidad financiera y quiénes pueden ser tenedores de las acciones de ésta. Este es el esquema que de alguna manera siguió la legislación mexicana tradicionalmente y que se rigó durante la época de la banca nacionalizada. Los “*Gruppi bancari polifunzionali*”, han sido regulados por un “Decreto legislativo num. 356, 20 noviembre 1990 *disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio.*”

En suma, no hay restricciones para que integren grupos entidades dedicadas a los diversos mercados conforme todas las hipótesis de combinaciones entre entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades de intermediación mobiliaria. Por otra parte ninguna de las entidades integradas en el grupo podrá adquirir acciones de sociedades con naturaleza diversa a la financiera (mercantil, industrial) ni éstas podrán controlar actividades financieras. (Principio de especialidad flexible, principio de separación estricto).⁷

c) Tercer modelo: El de la Unión Europea. Contiene una apertura mayor, puesto que establece como actividades integrables a las crediticias, las de valores e incluso las aseguradoras y por lo que toca a inversiones en empresas no financieras regula la posibilidad de invertir en ellas hasta determinado límite, dejando a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar dichos límites si se dan determinadas circunstancias. Esto es, tanto el principio de la especialización como el de separación, se encuentran relajados pues las tendencias apuntan claramente hacia esa apertura.

⁵ LOVETT, WILLIAM A. Banking and Financial Institutions Law. West Publishing Co. St.Paul Minn. 1992. Página 448. Traducción libre del autor.

⁶ *Two basic approaches can be taken with respect to a trend toward nationwide financial conglomerates: 1)...maintain to a substantial extent the established pattern of participation for financial institutions, and keep deposit taking or depository institutions, securities marketing firms, and insurance companies largely separated from each other... and, 2) The second policy would encourage a rapid transformation of financial institutions toward large, nationwide, and heavily diversified enterprises. Some variants of this policy would allow unrestricted mergers between large financial institutions and big industrial companies.*” LOVETT, WILLIAM A. Banking and Financial Institutions Law. West Publishing Co. St.Paul Minn. 1992. Páginas 450 y 453.

⁷ Legge 10 ottobre 1990 núm 287: “*soggetti diversi dagli enti creditizi e dagli enti o società finanziari, nonché le società o enti finanziari che controllano tali soggetti o ne sono controllati, non possono essere autorizzati ad acquisire o sottoscrivere, direttamente o per il tramite di società controllate o fiduciarie o per interposta persona, azione o quote di un ente creditizio che comportino, unitamente a quelle già possedute, una partecipazione superiore al quindici per cento del capitale dello stesso o l’assunzione del controllo su di esso...*” citada por ORIOL LLEBOT MAJÓ, JOSÉ. Grupos de Entidades de Crédito. Editorial Civitas S.A. Madrid 1993, página 110.

Ciertamente estos modelos son prototipos que sufren cambios con el paso del tiempo y con la conformación de las decisiones de política económica de cada país, pero al menos, como estereotipos, sirven didácticamente para fijar los polos de referencia de dónde está situado el propio país.

En ese estado de cosas, y como ha quedado referido en el capítulo 2 del presente, el legislador mexicano decide abordar la Agrupación Financiera con la promulgación, el 18 de Julio de 1990, de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras. Con esta legislación México se incorpora rápidamente a las tendencias internacionales de crecimiento económico y liberalización de mercados.⁸

3.- Los principios rectores de la agrupación financiera en México.

El sistema de agrupación financiera en México está regulado fundamentalmente por la Ley para Regular las Agrupaciones Financiera y por algunas Reglas Generales expedidas por las autoridades reglamentadoras. De dichas disposiciones normativas se desprende que dicho fenómeno está sustentado en varios principios:

3.1.- Principio de libertad de asociación.

Ninguna entidad financiera está obligada a formar grupo con otra, ya sea como tenedora del capital o como tenida por otra. Lo que sí existe son limitaciones para hacer inversiones de capital en otras entidades financieras. Es obvio que la intención del legislador es propiciar la conformación de los intermediarios financieros precisamente en Grupos por las ventajas que supone el uso de economías de escala, pero se deja totalmente abierto a los inversionistas la decisión de conformar el Grupo y hacerlo de la manera y con los integrantes que se deseen.

3.2.- Principio de autorización.

Toda la operación de los Grupos Financieros está sujeta, al igual que la de todos los intermediarios, al régimen de autorización por parte de los reguladores del Sistema. *“Se requerirá autorización...para la constitución y funcionamiento de los grupos financieros”* dice el artículo 6° de la LRAF.

Se requiere obtener autorización para constituirse y funcionar, para incorporar nuevas empresas o entidades, para que se desincorpore del mismo alguna de ellas, para que se fusionen entidades del grupo entre sí o con empresas extrañas al Grupo, por último se requiere también autorización para la disolución del Grupo.

Las autorizaciones de operación pueden ser revocadas en caso de incumplimiento a las normas de ley.

3.3.- Principio de formalidad en la constitución.

La asociación de varias entidades financieras en un Grupo requiere el que éste se constituya en los términos de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, se constituya una controladora y las entidades que lo forman, se obtenga la autorización correspondiente y, por supuesto se cubran los requisitos que la ley

⁸ *What is unique in Mexico's case is that while other developed countries have accomplished deregulation at a slower pace since the commitment to the free market order was already in place, Mexico dramatically restructured its entire financial system in a comparatively short period of time. Furthermore, Mexico was able to use examples and experiences from other countries in making decisions on how to carry out the legal reform.* AUGUSTO TURCOTT-MOGUEL. Financial Market Regulations: Recent Developments and implications in the Mexican Legal Framework, Master of Laws Dissertation. University of Warwick . United Kingdom.

establece entre los que se cuenta la realización de un convenio de responsabilidades entre sí.

El artículo 3° de la citada ley cuando regula uno de los efectos típicos de la agrupación financiera, el uso de denominaciones similares y el ofrecer servicios complementarios, establece la posibilidad de que algunas de las entidades financieras y sus filiales aprovechen este beneficio aún sin estar integrados en grupo. En un principio la Ley preveía esta posibilidad exclusivamente para un Banco o a una Casa de Bolsa. Esa disposición se ha transformado haciéndola extensiva a todas las entidades financieras, en la medida que en sus respectivas leyes se permita tal cosa.⁹

Esta posibilidad dio origen a que algunos autores hablaran de una supuesta clasificación de Grupos Financieros en la legislación mexicana: se hablaba de Grupos con controladora o sin controladora o de grupos encabezados por una controladora, por un banco o por una casa de bolsa. En realidad Grupo Financiero sólo hay aquél que cubre todos los requisitos de la ley, las otras pueden ser asociaciones que participan de algunas de las ventajas o características del Grupo Financiero pero sin constituir uno de éstos.

3.4.- Principio de integración discrecional.

La formación de un grupo no obedece a normas estrictas respecto de cuáles y cuántos integrantes pueden formarlo. Es más, de la redacción original de la ley a fechas posteriores las normas se han ido flexibilizando de modo que un grupo puede estar conformado por una sociedad controladora y “algunas” de las siguientes entidades financieras: almacenes generales de depósito, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de banca múltiple, casas de bolsa, instituciones de seguros, sociedades operadoras de sociedades de inversión, distribuidoras de acciones de sociedades de inversión, administradoras de fondos para el retiro y sociedades financieras de objeto múltiple. Se exige un mínimo de dos de esas entidades aunque sean de la misma clase (salvo que se trate de sociedades financieras de objeto múltiple).¹⁰

Otras sociedades pueden incorporarse si caen en los supuestos de autorización, a través de reglas generales, por parte de la Secretaría de Hacienda. Estos son los casos de empresas prestadoras de servicios complementarios o auxiliares preponderantemente a los integrantes del Grupo. Un ejemplo sería una empresa inmobiliaria.

Este principio le da una riqueza especial a la integración y operación en el Sistema Financiero, pues deja en libertad a los inversionistas dueños de ellas a diseñar la estructura de su participación en el mercado. Permite grupos grandes y

⁹ Texto del segundo párrafo del artículo 3° de Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (REFORMA 24-VII-93) : *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las entidades financieras y sus filiales podrán utilizar denominaciones iguales o semejantes, actuar de manera conjunta y ofrecer servicios complementarios, cuando así lo prevean las leyes especiales que las rijan y con sujeción a las disposiciones contenidas en dichos ordenamientos.*
(Texto original) : “ *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las instituciones de crédito, las casas de bolsa, así como las empresas filiales de tales intermediarios, podrán utilizar denominaciones iguales o semejantes, actuar de manera conjunta y ofrecer servicios complementarios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Instituciones de Crédito y en la Ley del Mercado de Valores, respectivamente.*”

¹⁰ Artículo 7° de la Ley Para Regular las Agrupaciones Financieras, reformado por publicación en Diario Oficial de la Federación de 18 de julio de 2006.

grupos modestos, grupos de cobertura nacional y grupos de operación regional, grupos con una amplia gama de servicios y grupos con nichos de mercado más precisos.

El esquema legislativo está diseñado para alentar la formación de grupos formales alrededor de una controladora.

3.5.- Principio de no concentraciones indeseables.

Si bien la formación de Grupos Financieros opera bajo un régimen de libertad para que los inversionistas decidan los tamaños y formación de los mismos y se estimulan las fusiones de algunas entidades, es menester precisar que simultáneamente se prevé el que los Grupos no deben formar prácticas de concentración indeseables.

Las autoridades están constreñidas por la Ley, al otorgar las autorizaciones de constitución, funcionamiento, etcétera, a cuidar el desarrollo equilibrado del sistema, una adecuada cobertura regional, una adecuada competencia entre los integrantes y evitar en todo tiempo los fenómenos de concentración indebida o inconveniente para el sistema financiero. (Artículos 2 y 36 de la LRAF).

Estas disposiciones, dicho sea de paso son las que servían de fundamento para impugnar la aplicabilidad de la Ley Federal de Competencia Económica al sector financiero cuando ésta surgió, pues las leyes especiales del sistema financiero ya contenían las normas reguladoras y las autoridades encargadas de aplicarlas, sin embargo por acuerdos de dicho sector (autoridades y participantes) decidieron abandonar los juicios de impugnación y acatar la aplicabilidad de la citada ley. Este fenómeno no viene sino a reforzar que en el Sistema Financiero Mexicano se puede operar con fenómenos de agrupación pero debidamente cuidados los aspectos de concentración indeseable por la vigilancia y cuidado que en ello pongan tanto las autoridades financieras como las autoridades que procuran la sana competencia económica.

3.6.- Principio de especialidad.

Conforme ha quedado visto, el principio de especialidad consiste en que a las entidades financieras les está determinado por ley su objeto social, es decir las actividades a las que pueden dedicarse en forma limitativa. El conjuntar en el seno de un Grupo a entidades con diversas especialidades permite al mismo conjuntar una amplia gama de servicios, las más de las veces complementarios que ofrezcan al público.

En efecto, algunas de las actividades permitidas a un intermediario están también permitidas a algún otro (verbigracia: un banco puede hacer actividades de arrendamiento financiero igual que una Arrendadora) pero eso no es la norma y por ello el integrar a varios especialistas “bajo un mismo techo” permite confeccionar el nicho de operación.

En un principio la Ley negó la posibilidad de que en un mismo grupo participaran más de una entidad de cada clase salvo en los casos en que se trataba de preparar una fusión. La prohibición fue levantada en una reforma de 24 de julio de 1993, aunque la práctica no ha producido casos de estos.

Este mismo principio es el que orienta la disposición que constriñe el objeto social de las controladoras a sólo adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del Grupo y les prohíbe practicar directamente operaciones que son propias de las entidades que lo conforman y hacer otro tipo de inversiones o contracción de pasivos salvo los expresamente regulados. (Artículos 16 y 23 LRAF).

3.7.- Principio de separación.

El principio de separación regula el que las entidades financieras no puedan participar o bien participen limitadamente en el capital de otras entidades, asimismo regula el que empresas industriales o comerciales pueden ser propietarias o bien ser propiedad de alguna entidad financiera.

El principio que en otros modelos es más o menos claro, en el caso de México es sumamente complejo, es menester recorrer de ida y vuelta todas las disposiciones legales de los diversos intermediarios para ir descubriendo tanto quiénes y hasta qué medida pueden detentar el capital de ellos como en dónde y hasta qué medida pueden invertir en otras entidades.

Para los propósitos de los enunciados que sigue este capítulo bastará señalar las siguientes notas:

- No se limita a las personas morales (cualesquiera que sea su objeto, salvo autoridades del extranjero) el participar en capital de sociedades controladoras o entidades financieras. El principio general es el no permitir concentraciones de tenencia accionaria, siguiendo el principio de pulverización de capital que orienta a todo el Sistema Financiero Mexicano.
- Por cuanto hace a las tenencias accionarias que cada entidad financiera puede tener en otras empresas, cada ley establece las normas correspondientes para regular la tenencia de este tipo de activos. La norma genérica es que ello es posible con alguna limitación en cuanto a montos, permisos requeridos y tiempos máximos de tenencias.
- Por lo que toca a capital que controladoras y entidades tomen de otras entidades financieras hay algunas **reglas**: (Art. 31 LRAF)

La primera de ellas es la obligación de que la controladora efectivamente detente un mínimo del 51% del capital de las entidades que constituyen el grupo.

La segunda es la no piramidación de capitales. En ningún caso los integrantes de un grupo podrán participar en el capital de los otros integrantes ni en el capital de personas morales que, a su vez, sean accionistas de la controladora o de los demás participantes del grupo.

La tercera regla es que, en tratándose de entidades financieras diversas a las del propio grupo, podrán hacerlo sin exceder del límite del 1% del capital pagado de la emisora. Esta regla tiene algunas excepciones, tanto por lo que toca a inversionistas como emisoras, que se regulan en las leyes especiales. (Por ejemplo, el límite no cuenta para que instituciones de crédito, casas de bolsa e instituciones de seguros, inviertan en Administradoras de Fondos para el Retiro.)

La cuarta regla refiere a las Instituciones Financieras del Exterior para quienes se han establecido las medidas de inversión en los términos de los Tratados de Libre Comercio celebrado con sus naciones de origen.

3.8.- Principio de Inspección y Vigilancia ad hoc.

Las controladoras de los Grupos Financieros están sujetas a la inspección y vigilancia de las autoridades financieras, al igual que las diversas entidades que conforman el sistema, de una forma especial. Esto es, la inspección y vigilancia que se ejerce sobre las controladoras es diversa y en adición a la que se ejerce sobre todas y cada una de las entidades que componen el Grupo. La Comisión encargada de hacerlo es aquella que supervise a la entidad financiera integrante que resulte ser la preponderante dentro del grupo tomando en cuenta fundamentalmente, el capital contable de las mismas. (Artículo 30 LRAF).

Una adición hecha a la Ley (Artículos 30 A, 30 B y 30 C) ha regulado la posibilidad de llevar las labores de inspección y vigilancia al grado extremo de decretar una intervención administrativa o gerencial de la controladora en el caso de irregularidades graves, independientemente de que tales intervenciones puedan ser decretadas en las entidades financieras que operan con el público.

3.9.- Principio de denominación y actuación conjunta.

Estos son los beneficios que la ley arroga a los intermediarios financieros que operan agrupados y que constituyen la gran motivación e invitación para que la actividad del mercado financiero se realice precisamente a través del sistema de Grupos. (Artículo 8° LRAF).

Estos beneficios son tres:

- a) Actuar en forma conjunta frente al público. Esto es, los esfuerzos de todos los integrantes sumados constituyen un paquete de oferta global de servicios al público que puede así resolver todas sus necesidades financieras con un prestador congruente.
- b) Uso de una denominación similar. Esto es parte del actuar en forma conjunta, el usar denominaciones que hagan referencia al grupo de pertenencia identifica al cliente que recibirá el mismo trato de un prestador que ya le es conocido y le ofrece garantía de su solvencia comercial. Respecto de la denominación se hace alguna referencia adicional en la parte de este capítulo que trata sobre la naturaleza jurídica de los Grupos Financieros.
- c) Llevar a cabo operaciones de una entidad en las oficinas de las otras entidades. Esto es de nuevo el concepto de “supermercado” bajo un mismo techo, en un mismo dispositivo físico se encuentran la totalidad de servicios financieros que los distintos componentes del grupo ofrecen. Este es uno de los tabúes que la legislación de Grupos Financieros acabó: el que las sucursales y oficinas de las entidades financieras fueran establecimientos rígidos. A partir de entonces y mediante una serie de mecanismos sencillos previstos por las Reglas Generales que reglamentan esta norma, se puede optimizar el uso de las instalaciones en beneficio del cliente y de las propias instituciones involucradas. La única

excepción es la captación de recursos del público a través de depósitos de dinero.¹¹

Estas características son exclusivas de los Grupos Financieros, nadie más puede disfrutarlas, salvo el caso de algunas entidades que son dueñas de otras filiales. (Artículo 3° LRAF)

3.10.- Principio de responsabilidad subsidiaria.

Este principio es una realización de un principio más general que aplica en todo el Sistema Financiero relativo a la protección a los derechos, bienes e intereses del público. Se trata de una de las ventajas que el legislador consignó para lograr la formación y operación de Grupos Financieros consistente en disponer que la Controladora ofrezca al público que contrata con el sistema financiero una garantía en forma de asumir responsabilidad subsidiaria e ilimitada por las obligaciones que las entidades agrupadas contraigan con terceros. Esto supone que el público tiene, además de los mecanismos de protección que la legislación de cada entidad financiera prevea, una protección adicional que proviene de la fuerza que da la cohesión alrededor de un Grupo de dichas entidades.

Esta responsabilidad subsidiaria estará documentada en un convenio que la controladora y las entidades integrantes suscriben desde la constitución y renuevan cada vez que se da el caso de una incorporación o desincorporación de un integrante.

Lo sano de esta medida es que la responsabilidad no es ofrecida directamente por las otras entidades del Grupo sino por la controladora, de esa manera no hay riesgo de que si los negocios de una de las entidades financieras resultan ruinosos, las otras entidades que operan exitosamente se vean forzadas a hacer frente a las obligaciones de aquella. (Artículo 28 LRAF).

3.11.- Principio de pulverización de capital.

Conforme a este principio los accionistas de una controladora o de una entidad financiera están sujetos a no concentrar en unas solas manos porcentajes altos de tenencia accionaria.

En cada una de las leyes de las entidades se establecen los límites. La norma general es que cualquier persona (hay algunas restricciones) puede adquirir libremente hasta un límite del capital (5%) más allá de lo cual requiere autorización de la Secretaría de Hacienda, se dan tratos especiales a inversionistas institucionales o entidades financieras del exterior, al Gobierno Federal, etc.

Inicialmente se pusieron reglas más estrictas a las tenencias del capital de los intermediarios financieros por razones históricas: cuando la nacionalización de la banca, se hizo publicitariamente gran hincapié en el daño que a la economía se había hecho al permitir que unas cuantas personas pusieran en riesgo la estabilidad económica del país. Por ello, al revertirse el proceso y poner de nuevo en manos de particulares la Banca, un precio político/social que había que pagar era la de no permitir concentraciones en unas cuantas manos.

¹¹ Véanse Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros. Diario Oficial de la Federación 23 de enero de 1991. Después de la reforma habida el 18 de julio de 2006, es de esperarse un nuevo conjunto de reglas.

Lo cierto es que de una manera u otra ese saludable principio de pulverización había existido en diversas leyes del sistema y su mantención permite evadir algunos riesgos que produce toda concentración: la de ver más por los intereses propios que por los de la sociedad y clientela a la que sirven.

Ahora bien, la ley reconoce el fenómeno de los llamados “Grupos de control”, es decir aquellos conjuntos de inversionistas que han conjuntado sus contribuciones económicas para liderar la adquisición de una entidad financiera o la formación de una nueva. Estos grupos no tienen una personalidad jurídica pero son el resultado de un fenómeno que se da en la realidad: los hombres de negocios se buscan para hacer nuevos negocios juntos sin perder la individualidad de cada uno, ni concentrar el riesgo en uno sólo de los socios, así cada hombre de negocios, a su vez, pulveriza sus inversiones en diversas empresas.

Como el fenómeno se da en la realidad lo que la ley ha hecho es reconocerlo y pedir que haya una develación de quienes son los integrantes y sus participaciones de capital.

Como ejemplo de una norma que se repite en diversas leyes financieras, véase el Artículo 20 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras¹² en el cual se establecen los requisitos que la ley considera son necesarios para integrar un Grupo de Control son:

- a) Tener entre todos al menos un treinta por ciento del capital pagado;
- b) Tener el control de la asamblea general de accionistas;
- c) Tener la posibilidad de nombrar la mayoría de los miembros del consejo
- d) Tener por cualquier medio el control de la sociedad.

Aunque no se den los supuestos indubitables de control (más del 50% del capital) lo cierto es que un grupo de personas que reunidos tienen el tamaño que pide la ley, de hecho tienen una preeminencia sobre el resto de accionistas, usualmente pulverizado y representado por intermediarios bursátiles, ya que ordinariamente el resto del capital está colocado entre el gran público inversionista. Se trata además de las personas que tomaron la iniciativa de reunir sus capitales

¹² Artículo 20 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras “Artículo 20.- Cualquier persona física o moral podrá adquirir mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, el control de acciones de la serie O del capital social de una sociedad controladora, en el entendido de que dichas operaciones deberán obtener la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando la opinión de la Comisión Nacional que supervise a la controladora, cuando excedan del cinco por ciento de dicho capital social, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 18 de la presente Ley.

Párrafo derogado.

En el supuesto de que uno o más accionistas pretendan obtener el control de la administración en una sociedad controladora, deberá acompañar a su solicitud, según corresponda:

I. Relación de las personas que, en su caso, pretendan adquirir el control de la sociedad controladora de que se trate indicando el capital que suscribirán, la forma en que lo pagarán, así como el origen de los recursos con los que se realizará dicho pago;

II. Relación de los consejeros y directivos que nombrarían en la sociedad controladora de la que pretenden adquirir el control;

III. Programa estratégico para la implementación del gobierno corporativo, y

IV. La demás documentación conexas que requiera la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a efecto de evaluar la solicitud correspondiente.

V.- Derogada.

VI.- Derogada.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que se obtiene el control de una sociedad controladora cuando se adquiera el treinta por ciento o más de las acciones representativas del capital social de la propia sociedad, se tenga el control de la asamblea general de accionistas, se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio se controle a la sociedad controladora de que se trate.

Las sociedades controladoras deberán proporcionar a la Comisión Nacional que las supervise, la información que ésta les requiera con respecto a las personas que directa o indirectamente hayan adquirido las acciones representativas de su capital social, en la forma y sujetándose a las condiciones que establezca la propia Comisión mediante las reglas de carácter general a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Instituciones de Crédito.”

para la adquisición de la emisora y, por ello, son los interesados en la misma, son los que tienen el *animus societatis*, a diferencia de los demás que persiguen tan sólo una buena inversión. Su opinión es considerada válida por el resto de los accionistas y normalmente ejercerán su voto en el sentido que proponga el grupo de control.

Conclusión.

El concepto de “agrupación financiera” se inscribe en la tendencia de la integración de grupos de sociedades como nuevo fenómeno corporativo.

Tanto en la historia como en la geografía se dan ejemplos y modelos de cómo pueden integrarse y operar agrupaciones de intermediarios financieros.

La agrupación de intermediarios financieros opera en México según una variedad de principios rectores:

Libertad de asociación, autorización, formalidad en la constitución, integración discrecional, no concentraciones indeseables, especialidad, separación, inspección y vigilancia ad hoc, denominación y actuación conjunta, responsabilidad subsidiaria, pulverización de capital.

CAPÍTULO 5

LAS AUTORIDADES REGULADORAS

CONTENIDO:

1. La función del Estado en el Sistema Financiero.
 - 1.1. La rectoría económica del Estado.
 - 1.2. Las funciones que cubren las autoridades.
 - 1.2.1. Autorizaciones y concesiones.
 - 1.2.2. Reglamentación.
 - 1.2.3. Supervisión y Vigilancia.
2. La Banca Central.
 - 2.1. Primeros desarrollos históricos.
 - 2.2. El Banco de México.
 - 2.2.1. Nacimiento.
 - 2.2.2. Relación con gobierno. La Autonomía.
 - 2.2.3. Emisión y circulación monetaria.
 - 2.2.4. Operaciones del Banco de México.
 - 2.2.5. Operaciones con el Gobierno Federal.
 - 2.2.6. Operaciones con Instituciones de Crédito.
 - 2.2.7. Reserva de activos internacionales.
 - 2.2.8. Régimen cambiario.
 - 2.2.9. Regulación de intermediación sistema financiero y sistema de pagos.
3. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
4. Las comisiones supervisoras.
 - 4.1. Supervisar.
 - 4.2. Regular.
 - 4.3. Autorizar.
 - 4.4. Registros e información.
5. Otras.
 - 5.1. La Comisión para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros.
 - 5.2. El Instituto de Protección al Ahorro Bancario.

Conclusión.

1.- La función del Estado en el Sistema Financiero

La participación del Estado en la estructuración y operación de un sistema financiero es obligada, no podría pensarse en una comunidad que operara un sistema de pagos, de ahorro y de colocación si no existiese una batuta organizadora de los procesos. Ni aún en los sistemas más liberales el Estado se excluyó de esta función.

1.1 La rectoría económica del estado

La participación del Estado Mexicano en la economía está regulada por el texto del artículo 25 constitucional que establece su indiscutible papel rector. Esta disposición le otorga al Estado el liderar las actividades, define las que le son propias, da las bases para que regule la participación de los diversos sectores de la población y establece la posibilidad de participar directamente en las actividades económicas, por sí o junto con los sectores de la población.¹

¹ Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Rectoría económica del Estado *“es un término que se refiere por una parte, a las funciones jurídicas, a las atribuciones que la Constitución establece al Estado para actuar en los ámbitos del desarrollo nacional y, por otra, que establece una directiva para dirigir sus acciones y las de los demás en determinado sentido”*²

1.2 Las funciones que cubren las autoridades

Tres son las actividades básicas que corresponden a las autoridades de un sistema financiero: autorizar, regular y supervisar.

1.2.1 La de otorgar las **autorizaciones y concesiones** que el sistema requiere.

Esta función provee la definición de la estructura del Sistema Financiero, pues el Estado regula a través de esta función el número de intermediarios participantes en el mismo, su calidad, el monto de los recursos involucrados en el sistema por el intermediario y los programas que estos desarrollarán. Todas las actividades de intermediación requieren contar con la autorización de la autoridad financiera.³

La Ley ha variado su concepto respecto de si el sistema financiero debe operar bajo el régimen de concesión o bajo el de autorización. La diferencia doctrinal entre uno y otro radica en que la concesión refiere a una actividad que es propia del Estado y que éste acepta permitir a un particular el prestar dicha actividad, usualmente su otorgamiento es gracioso y su revocación voluntaria. Por su parte la autorización refiere a una actividad que sin ser exclusivamente propia del Estado, éste ejerce un control y una regulación sobre la misma; usualmente quien llene los requisitos establecidos por la ley tiene derecho a recibir la misma y puede ser revocada sólo en los casos expresamente establecidos en la ley.

“El término concesión sólo está usado correctamente cuando sirve para denominar los actos del poder público que facultan a los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio directo y de propiedad de la Nación” mientras que la autorización *“ es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular.”*⁴

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

² ROLDÁN XOPA, JOSÉ. Constitución y Mercado. Editorial Porrúa. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México 2004. Página 198.

³ LRAF 6; LIC 8; LMV 115 ; LOAAC 5; LGISMS 5; LFIF 5.

⁴ FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, Novena Edición. México, 1962. páginas 241 y 277.

En el Sistema Financiero Mexicano sólo opera bajo el régimen de concesión la creación de una Bolsa de Valores (artículo 234 LMV), las Instituciones para el Depósito de Valores (artículo 272 LMV), las contrapartes centrales de valores (Artículo 301 LMV) y la empresa procesadora de datos del Sistema de Ahorro para el Retiro (Artículo 58 LSAR), todas las demás entidades operan bajo el régimen de autorización (modificado con respecto al concepto de la doctrina, pues su otorgamiento es discrecional).

Históricamente se han dado variaciones a este concepto, la ley ha referido el concepto de concesión o el de autorización. En el tiempo en que la banca fue estatizada, el servicio de banca y crédito era exclusivo del Estado quien lo ejercía a través de instituciones (artículo 28 constitucional quinto párrafo vigente en ese período – 1982 - 1990), disposición que dio origen a la especie llamada Sociedad Nacional de Crédito y con ellas a un cuestionamiento de la naturaleza de las mismas.⁵ Una de las huellas que esto ha dejado es que en muchas normas de la legislación financiera se mantienen las referencias a “concesión o autorización” como para curarse en salud de que todavía sobrevivan unas u otras. Básicamente esta es una función encomendada principalmente a la Secretaría de Hacienda, aún cuando para algunos intermediarios menores (especialistas bursátiles, uniones de crédito y entidades de ahorro, por ejemplo) se le encomienda a la Comisión supervisora.

Las autorizaciones son discrecionales para la autoridad concedente (aunque en algunos casos se pide a la misma que consulte a alguna otra de las autoridades financieras) e intransferibles para el intermediario autorizado. Los criterios que deben orientar a la autoridad concedente deben basarse en el Plan Nacional de Desarrollo y en un sano mercado evitándose por ejemplo, fenómenos de concentración excesiva en una zona geográfica.

Si se observan las disposiciones que existen en todas las leyes del sistema financiero para que un intermediario obtenga la autorización correspondiente⁶ se encontrarán que básicamente la autoridad quiere saber:

- Cuáles son los estatutos que regirán al intermediario.
- Cuál es el monto de recursos que se afectarán a la actividad.
- Cuáles son los planes de operación.
- Qué regiones geográficas del país se verán beneficiadas por la operación.
- Quiénes son los que hacen la inversión.
- Quiénes son los que dirigirán al intermediario.
- Quiénes son los que integran el “grupo de control”.

Una conclusión importante que debe sacarse de este régimen es que resultaría sano el concentrar todas las funciones de autorización en una sola

⁵ Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito de 1941: “Para dedicarse al ejercicio de la banca y el crédito, se requerirá concesión del gobierno federal, que compete otorgar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público apreciando la capacidad técnica y moralidad del solicitante”

Reforma del 15 de marzo de 1946.- Se sustituyen los vocablos “concesión” y “caducidad” por los de “autorización y revocación” Reforma de 29 de diciembre de 1962.- Artículo segundo Transitorio: “se reforma la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares del Crédito en todos aquellos artículos que se refieran a la autorización como requisito para realizar operaciones de banca y crédito, debiendo, para ajustar su texto a la modificación que se hace del artículo segundo de dicha ley, entender sustituido dicho vocablo por el de concesión”

⁶ LRAF 9; LIC 10; LMV 115; LOAAC 6; LGISMS 16; LFIF 7

autoridad que vea el panorama completo del sistema financiero, eliminando el que caso por caso deba pedir la opinión de otras de las autoridades, éstas, dentro de la esfera de sus funciones podrían alimentar a la autoridad concedente o autorizante con los criterios que les sugiera su peculiar participación en el sistema financiero, pero por economía de trámites, debe ser una sola la autoridad que resuelva estas autorizaciones y concesiones.

1.2.2 Emitir la **regulación** necesaria para el desempeño operativo de las actividades de intermediación, el manejo de la política monetaria y del sistema de pagos.

Al hablar del elemento formal del sistema financiero se hizo una relación detallada de esta facultad mencionando cómo es una actividad de gran importancia por los volúmenes de producción normativa que se han producido, a ese capítulo se remite al lector.

Cabe considerar aquí que la proliferación de normatividad hace muy compleja la actividad y la participación en el sistema financiero. Lo ideal sería que la facultad reglamentaria se concentrara en una sola autoridad. En principio parecería lógico que el Banco de México concentrara las facultades reglamentarias de las “operaciones” y que a las comisiones supervisoras les quedara, en todo caso, la facultad de reglamentar la “operación” (por ejemplo cuestiones contables, normas de registro, de información, etc.) Sin embargo, la realidad es que, como se puede ver en el capítulo respectivo y en sus apéndices, la facultad reglamentaria se ha extendido de alguna manera indiscriminada a todas las autoridades.

1.2.3 La de ejercer las labores de supervisión, inspección y vigilancia, de los participantes del Sistema, la regulación de aspectos contables y la solución de conflictos entre los usuarios y los intermediarios.

La proliferación de autoridades que ha mostrado el sistema financiero mexicano ha hecho que desarrollen cierta relevancia algunas otras funciones que bien hubieran podido quedar subsumidas en las tres principales funciones de la autoridad, tales son los casos como el del IPAB regulando el sistema de seguro de los depositantes y de la CONDUSEF protegiendo los intereses de los usuarios. De alguna manera tales autoridades han tomado funciones que anteriormente estaban en alguna de las autoridades tradicionales y se han separado por razones históricas coyunturales.

Al hablar de autoridades del sistema financiero es importante reconocer la necesidad de que exista un elemento aglutinador y coordinador de las actividades de las mismas a fin de evitar la dispersión de políticas y esfuerzos que hagan incongruente su actividad. Es también importante el que para los intermediarios existan canales sencillos y de preferencia únicos de comunicación. El tener que atender a una pluralidad de autoridades produce un “costo regulatorio” importante. Piénsese por ejemplo que cada una de las autoridades financieras exige a cada intermediario una información sin que ésta se estandarice para todas las autoridades, el intermediario va a tener que producir tantas como autoridades hayan. El principio es que a mayor número de autoridades habrá un mayor costo regulatorio; una mayor coordinación entre autoridades reducirá el costo regulatorio.

2.- La Banca Central.

2.1 Primeros desarrollos históricos⁷.

El concepto de “banca central” nació con unas características (y funciones) muy diversas a las que hoy tiene en todo el mundo. El primero que se conoce es el banco sueco Riksbank que fuera fundado en 1668 a partir de un banco privado, fundado años antes (1666) y que por atravesar dificultades financieras es tomado bajo la autoridad y supervisión del Parlamento Sueco. Una suerte similar sigue el Banco de Inglaterra fundado en 1694.

La intención del Parlamento era convertirlos en los bancos comerciales más importantes del país, pero a la vez hacerlos el agente financiero del Gobierno, por ello éste permitía a estos bancos emitir billetes solicitando, en cambio, financiamiento que se daba a través de la emisión de bonos gubernamentales.

Fue característica operativa de estos bancos el mantener de manera celosa su independencia de la corona aunque aprovechaban su posición monopólica en la emisión de moneda para competir con los demás bancos comerciales. Usualmente los billetes emitidos por tales bancos circulaban como moneda de curso legal suspendiendo la necesaria convertibilidad en oro que representaban .

En el caso del Banco de Inglaterra, además de ser el banco del gobierno, su función era estar listo a ofrecer convertibilidad de sus responsabilidades (billetes y depósitos) en oro, a la vista. Los bancos provinciales empezaron a llevar sus propias reservas al banco de Inglaterra con lo que empezó a aparecer una nueva función de los bancos centrales: la centralización de las reservas de los bancos. Esta concentración de las reservas de los bancos produjo que el banco central desarrollara precisamente la función de mantener el papel de convertidor de responsabilidades.

Paralelo a ello, se dieron naturalmente otras funciones periféricas como la labor de compensación. La asociación de bancos para lograr la compensación de operaciones se ha mantenido en algún sistema como es el caso de Hong Kong en donde, sin tener banco central, el banco Shanghai cubre las funciones de compensación.

A principios del siglo XIX el debate sobre el papel del Banco de Inglaterra y en general de los llamados Bancos Centrales, produjo tres corrientes o escuelas de pensamiento: La Escuela de la Banca Libre (Free Banking School), la Escuela del Circulante (Currency School) y la Escuela de la Banca (Banking School).

La Escuela de la Banca Libre se inclinaba por abolir el Banco Central y dejar que cada banco manejase su propia reserva. Es decir, negaba la función de la banca central y dejaba que la práctica bancaria discurriera sin ella.

La Escuela del Circulante propugnaba por concentrar la emisión de billetes en el banco central de modo que dicha emisión se expandiera en la medida que le permitiera la disponibilidad de oro. Por otro lado, admitía que el banco central tuviese un “Departamento Bancario” que operaría igual que cualquier banco comercial.

La Escuela de la Banca afirmaba que debía prestarse más atención a la calidad de los activos (préstamos bancarios) y el ritmo general de crecimiento y expansión del banco. El Banco Central sería una institución con la capacidad y el poder de influenciar la calidad y el volumen de la expansión de los bancos.

⁷ Para un análisis del origen y desarrollo de la banca central sugerimos: DEANE , MARJORIE AND PRINGLE, ROBERT . *The Central Banks*. Viking, Penguin Group. New York, U.S.A. 1994.

En un principio la posición más lógica fue la de la escuela del circulante aunque pronto se descubrió que lo que daba el verdadero valor a los bancos no era la emisión de papel sino la expansión de los activos de cada banco (préstamos y créditos, operaciones activas). La tendencia llevó pues hacia la escuela estrictamente bancaria.

Paralelamente se desarrolló un sentimiento de celos y de rivalidad de los otros bancos contra la preeminencia de un banco central contra el que competían en desventaja.

La circunstancia de ser simultáneamente banca central y banca comercial producía dos graves conflictos: uno de motivación, otro de conducta; la motivación y la conducta de un banco comercial se dan en la obtención de utilidades y el desempeño de las labores de un comerciante; en el caso de la banca central el rol de autoridad y regulador es el que marca la tónica.

Con esa combinación de motivaciones y conductas, esos bancos fueron usando su poder para ir apoyando y dando respaldo a los bancos comerciales, así apareció una de las funciones típicas de la banca central de hoy: ser el acreditante de última instancia de los bancos comerciales.

Esas tendencias que aparecieron juntas fueron distinguiendo poco a poco la diferencia de la función de la banca central y la de la banca comercial, dando origen al concepto moderno de los bancos centrales.

El papel que los bancos centrales desempeñaron históricamente, y se mantiene en su versión actual, en el desarrollo financiero de los países, fue trascendente. Los bancos comerciales solían operar solamente créditos a corto plazo, poniendo el énfasis en financiar más bien el capital de trabajo que los activos fijos, los capitales de largo plazo eran buscados en otros mercados y fuentes. Los bancos centrales tomaron la función de, apoyándose en depósitos a largo plazo, impulsar el financiamiento del desarrollo industrial. Un ejemplo de los tiempos modernos de esta función es el Banco Industrial de Japón que ha desarrollado una especialidad en financiamiento de proyectos de largo plazo.

Un elemento que es trascendente también en la historia y el rol de los bancos centrales ha sido su posición y relación con el gobierno. Sus relaciones siempre fueron cercanas, nacieron de un acuerdo entre ambos, el banco recibía privilegios de parte del gobierno y éste recibía financiamiento de aquéllos. Posteriormente el gobierno fue tomando un papel rector, así el gobierno fue imponiendo medidas de conservación de reservas, controles de tasas y otras limitaciones que fueron modelando el quehacer de la banca central conforme a una política económica.

Las guerras unieron más a ambos, sobre todo por la necesidad de que los bancos mantuvieran financiado al gobierno, sin embargo empezó a ser notorio que el financiamiento desmedido al gobierno podía ser inflacionario y peligroso.

Al irse abandonando los patrones metálicos (oro y, en algunos casos, plata) fue tomando importancia el manejo del circulante, tanto desde el ángulo de la demanda agregada como de la oferta agregada. Keynesianos y Monetaristas han dividido la lucha, tomando los bancos centrales el liderazgo en el control del circulante y su autonomía de las decisiones gubernamentales ha probado ser un factor de éxito.

De esa manera los bancos centrales han llegado a desarrollar y establecer el concepto de “autonomía” que ha venido probando ser saludable en la economía de los países.

Los antecedentes cercanos al banco central mexicano arrancan de varios elementos. Como quedó descrito en capítulos anteriores, la labor de la banca nace en México

prácticamente como una banca de emisión, así varios bancos tuvieron la concesión de emitir moneda, la pluralidad del caso, aunada a los conflictos bélicos del país desde el año de 1910, produjeron una situación errática en el manejo del circulante que clamaba a gritos por una regulación.

Coincidentemente con la época de desarrollo de los conflictos armados en México, en Nueva York surgía un conflicto serio: los principales bancos habían apoyado financieramente en forma importante el funcionamiento de una industria específica que se veía en esos momentos en serias dificultades, como consecuencia de ello, los clientes de los bancos, temiendo lo peor, perdieron la confianza en sus bancos y empezaron a retirar sus depósitos masivamente.

Todos los sistemas bancarios del mundo operan sobre la base de que no se dará jamás el fenómeno de que un alto porcentaje de sus depositantes retiren de golpe sus ahorros, mantener una liquidez de estas dimensiones haría inútil la operación bancaria. Por ello el enfrentarse a una situación de retiro masivo pone seriamente en peligro de subsistencia a toda la banca.

Los banqueros neoyorquinos, liderados por J.P. Morgan convinieron en una serie de mecanismos de apoyo entre ellos que tuvo por efecto fundamental el crear un fondo superior e independiente de cada uno de los bancos para apoyar dando liquidez a los bancos que lo necesitaran. De ese planteamiento nacería el sistema de bancos de la reserva federal (Federal Reserve Banks) que no es sino una variante del concepto de Banca Central.

2.2 El Banco de México.

2.2.1 Nacimiento.

Con esos antecedentes a la mano, el Constituyente de 1917 incluyó en el texto constitucional la disposición que permitiera al gobierno federal establecer y operar un sistema de banca central, encargado, entre otras cosas de la emisión de la moneda, sin que ello constituyera un monopolio.

Por las diversas circunstancias que vivió el país, no pudo hacerse realidad la creación de dicho banco central sino hasta 1925. En la exposición de motivos de la Ley que lo crea se lee: *“Para organizar, pues, el Banco Único, era preciso resolver dos problemas: uno de orden puramente teórico y especulativo – el de armonizar los principios de la economía bancaria con el precepto constitucional- y el otro de orden práctico que consistía en allegar los recursos financieros necesarios para que la institución pudiera ser un hecho real.”*⁸

2.2.2 Relación con Gobierno. La Autonomía.

El Banco de México nació y vivió hasta 1982 bajo la forma jurídica de sociedad anónima. De 1982 a 1993 cambió su estructura deviniendo un organismo descentralizado. En 1993 una reforma constitucional y una nueva ley orgánica establecen la figura del banco central mexicano como un ente del Estado (persona de derecho público), autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración, con el objetivo de procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado.⁹

⁸ Legislación sobre el Banco de México. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México 1958. Página 58

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 28. Párrafos sexto y séptimo. *“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*

El carácter de **autonomía** es reforzado y caracterizado por diversos elementos establecidos tanto en el texto constitucional como en el de su ley:

- a) la definición que así lo señala en el texto constitucional,
- b) la indicación de que ninguna autoridad puede obligarlo a concederle crédito,
- c) la elección de su junta de gobierno compartida entre el Ejecutivo y el Senado,
- d) la duración en el puesto de los integrantes que excede los períodos de gestión de los órganos que los designan, intercalándose entre ellos y no siendo removibles salvo por causa grave, y,
- e) la posibilidad de sujetar a juicio político a sus integrantes.

Son órganos autónomos los que *tienen “una configuración inmediata por la constitución; son un componente fundamental de la estructura constitucional; tienen participación en la dirección política del Estado y cuentan con paridad de rango respecto de otros órganos constitucionales.”*¹⁰

El objetivo fundamental (preservar el poder adquisitivo de la moneda) supone el proveer de dicho circulante, así como el sano desarrollo del sistema financiero y el buen funcionamiento de los sistemas de pagos. Por eso la ley define a su cargo las siguientes funciones de la banca central que, dicho sea de paso, no son diferentes de las finalidades clásicas de los bancos centrales de todo el mundo, tal y como la experiencia histórica los ha ido conformando:

- Acuñar y emitir la moneda.
- Regular cambios, intermediación, servicios financieros y sistemas de pagos;
- Fungir como banco de reserva y acreditante de última instancia;
- Servir de tesorería y agente financiero del Gobierno Federal;
- Ser asesor del Gobierno Federal en materia económica y financiera;
- Participar en organismos financieros y agrupaciones de bancos centrales;
- Operar con organismos, bancos centrales y autoridades financieras.

2.2.3. Emisión y circulación monetaria.

La acuñación y emisión de moneda que durante un tiempo largo en la historia fue una actividad propia de bancos comerciales ha venido concentrándose en todo el mundo en la función típica de la banca central. En el caso específico de México, el sistema bancario muestra en sus inicios el nacimiento de bancos una de cuyas funciones era precisamente la emisión (caso del Banco de Londres, México y Sudamérica y del Banco Nacional de México). A partir de la creación del banco central la actividad de emisión ha desaparecido del catálogo de los bancos comerciales.

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. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.”

¹⁰ MORENO RAMÍREZ, ILEANA. Los Órganos Autónomos a Nivel Constitucional. Tesis Profesional. ITAM. México, 2004.

El artículo 28 constitucional, al regular las actividades monopólicas excluye expresamente como monopolio la labor de acuñación y emisión de moneda y billete que haga el banco central, conforme fabricación que haga él mismo o los terceros a quien éste lo encomiende. La Ley Monetaria completa la regulación del tipo de monedas o billetes, sus denominaciones, su poder liberatorio y otras cuestiones relacionadas.

Cuando llegue a ser necesario por las circunstancias económicas del país el banco central puede emitir bonos de regulación monetaria en forma de títulos de crédito nominativos o al portador depositados en administración en el propio Banco.

El Banco de México es el responsable de cuidar el uso de la moneda conforme las disposiciones de la Ley Monetaria.

La materia prima básica del Sistema Financiero, el dinero, género que refiere a la unidad de valor patrimonial y más en especial, la moneda, unidad dineraria de un sistema, es en México el Peso, que en la actualidad no tiene un valor que se derive de un punto de referencia, como lo fue originalmente cuando correspondía a ocho reales de plata. A partir de 1935 sólo es un valor abstracto.

Las monedas circulantes serán básicamente los billetes del Banco de México, las monedas metálicas elaboradas conforme a los decretos que las crean, así como las monedas metálicas conmemorativas y las acuñadas en metales preciosos sin valor nominal pero con contenido del metal con poder liberatorio limitado. Las piezas alteradas no tienen curso legal y se prohíben las alteraciones, las imitaciones o reproducciones.

Respecto del régimen que las rige debe decirse que los billetes tienen poder liberatorio ilimitado y que las monedas tienen poder liberatorio limitado a cien piezas por denominación; las fracciones de 5 centavos se cierran al entero más cercano si se trata de transacciones en moneda pues en otros instrumentos no hay ajuste. Las oficinas públicas tienen obligación de recibir moneda sin limitación como pago de impuestos servicios o derechos.

Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las autorizadas.

La moneda extranjera no tiene curso legal, salvo algunas excepciones que aparecen en la ley como es el caso del depósito de dinero en moneda extranjera que deberá restituirse en la misma especie si así se pacta y si así está permitido por autoridades. (Artículos 267 de LTOC y 8° L. Monetaria). Asimismo los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de Instituciones de Crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda, objeto de dicha transferencia o situación. El principio genérico que rige esta materia es (y no son normas que sean renunciables) que las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rijan en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Tiene el Banco de México también la responsabilidad de cuidar otro indicador monetario: Las Unidades de Inversión que, creadas por ley publicada en el Diario Oficial el 1° de abril de 1995 no constituyen una moneda pero sí un referente al poder adquisitivo de

la misma, que permite indexar las obligaciones a fin de mantener un valor real constante. Son herramientas de un enfoque valorista de la moneda¹¹.

El Banco de México publicará periódicamente en el Diario Oficial de la Federación el valor en pesos de cada UDI una vez que aplique el procedimiento ad hoc de modo que corresponda al Índice Nacional de Precios al Consumidor.

Las obligaciones denominadas en unidades inversión se considerarán de monto determinado y se solventarán entregando su equivalente en moneda nacional.

2.2.4. Operaciones del Banco de México

Si bien el banco central no realiza operaciones que lo constituyan como un competidor de los intermediarios financieros, de hecho practica muchas de las operaciones de éstos aunque limitadas a su enfoque fundamental de banco de reserva y agente financiero del Estado. Así puede **operar con valores**; otorgar **créditos** tanto al gobierno federal, como a instituciones de crédito (es un prestador de última instancia) y a otros bancos centrales y autoridades financieras extranjeras; **constituir depósitos** en instituciones de crédito del país o del extranjero; adquirir valores emitidos por organismos financieros internacionales o personas morales domiciliadas en el exterior; **recibir depósitos** bancarios de dinero de títulos o valores de parte de las mismas entidades a las que puede acreditar; **obtener créditos** de bancos centrales, autoridades y entidades financieras del exterior, con propósitos de regulación cambiaria; efectuar operaciones con **divisas**, oro y plata, incluyendo reportos; y actuar como **fiduciario**.

En todas estas operaciones deberá cuidar mantener congruencia con las condiciones de mercado y usar medidas transparentes como es el caso de las subastas.

2.2.5. Operaciones con el Gobierno Federal.

La cuenta corriente con la Tesorería de la Federación es la cuenta en la que el banco central maneja toda su relación con el gobierno federal, los cargos y abonos a la misma están regulados de modo que su operación sea transparente y no se use como una fuente sin fondo de recursos. Como se dijo al hablar de la autonomía del Banco de México, el Gobierno Federal no puede imponer a éste el que le otorgue crédito en forma ilimitada, además hay que recordar que las erogaciones del Gobierno Federal están controladas por el Presupuesto de Egresos de la Federación.

2.2.6 Operaciones con Instituciones de Crédito.-

En operaciones con Instituciones de Crédito a efectos de ejercer su función de regulador monetario, deberá cuidar el uso de la subasta salvo cuando sea necesario para evitar trastornos en los sistemas de pagos. Podrá conceder créditos de última instancia a las mismas, siempre garantizados con los depósitos de las Instituciones de Crédito acreditadas los cuales serán pagados siempre con cargo a sus cuentas de depósito.

2.2.7. Reserva de activos internacionales.

Con el objeto de coadyuvar a la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional y de compensar desequilibrios entre ingresos y egresos de divisas del país el banco central se encarga de constituir una reserva que se integra con oro y divisas (billetes

¹¹ “Teoría según la cual el deudor debe pagar lo que valía la moneda, por lo que si el valor de ésta ha aumentado, debe entregar menos piezas; en tanto que si ha disminuido debe entregar más.” VÁZQUEZ PANDO, FERNANDO. Editorial Harla. México, 1991

y monedas metálicas extranjeros, depósitos bancarios, títulos de crédito y toda clase de documentos de crédito, sobre el exterior y denominados en moneda extranjera, así como, en general, los medios internacionales de pago) así como los derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional y divisas provenientes de financiamientos obtenidos con propósitos de regulación cambiaria, de Organismos de cooperación financiera, bancos centrales y autoridades financieras extranjeros.

2.2.8. Régimen Cambiario

El Banco de México actuará en materia cambiaria conforme a directrices de la Comisión de Cambios. Esta comisión es la responsable de fijar los criterios con los que debe desarrollarse el mercado de divisas en el país. La integración de la comisión propone un equilibrio entre el propio instituto central y la Secretaría de Hacienda aún cuando hay una cierta inclinación que le da a ésta una facultad decisoria, pues se integra por tres miembros de cada una de las dos entidades pero presidida por Hacienda y con voto de calidad.

2.2.9. Regulación de intermediación sistema financiero y sistema de pagos.

Totalmente acorde a su naturaleza, el banco central tiene por función la de normar las actividades de los intermediarios financieros si es que quiere, como es su propósito, establecer una regulación monetaria, lograr que el sistema financiero se desarrolle en forma sana y que el sistema de pagos del país funcione adecuadamente para respaldar el cumplimiento de las obligaciones que haga el ciudadano.

Esa normatividad, razonada y de aplicación general, aún cuando en ocasiones pueda referirse a determinadas operaciones o a ciertas zonas o plazas se refiere a las condiciones en que las instituciones de crédito deberán canjear y retirar los billetes y las monedas metálicas en circulación, a las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios de las instituciones de crédito, a crédito, préstamos y reportos de intermediarios bursátiles; de los fideicomisos, mandatos y comisiones de intermediarios bursátiles e instituciones de seguros; del depósito obligatorio; del servicio de transferencias de fondos, de las operaciones con divisas, oro y plata y de los tipos de cambio.

3.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es fundamentalmente la encargada de la planeación nacional del desarrollo del país. La rectoría económica del Estado compete fundamentalmente a esta dependencia que debe encargarse del ingreso y del gasto del Estado y de que la economía del país se desarrolle adecuadamente.

Dentro de las facultades de ella está la planeación, coordinación, evaluación y vigilancia del subsistema bancario, así como una serie de atribuciones en materia de seguros, fianzas, valores y de las organizaciones y actividades auxiliares del crédito.¹²

¹² Ley orgánica de la Administración Pública Federal.- *Artículo 31.- A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos:*

I. - Proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y elaborar, con la participación de los grupos sociales interesados, el Plan Nacional correspondiente;

VII. - Planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito;

VIII. - Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares del crédito;

XXV. - Los demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos.

De las muchas facultades que se desprenden de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y del Reglamento Interior de la Secretaría se puede deducir que el núcleo de la actividad de la Secretaría en materia del sistema financiero se constriñe a las siguientes funciones:

- Formulación de políticas. (Promoción, regulación y supervisión en materia crediticia de ahorro, de fondos para el retiro, y en general de las operaciones de instituciones de seguros y de fianzas, casas de bolsa, sociedades de inversión, organizaciones auxiliares y en general de todos los intermediarios).
- Dar autorizaciones corporativas. (Para fungir como intermediario, aumentos de capital, fusiones, escisiones, reformas a estatutos, tenencias de capital, convenios de responsabilidades, etcétera).
- Interpretar para efectos administrativos las leyes financieras. (Recuérdese que casi todas las leyes del sistema financiero encomiendan a la Secretaría la facultad de interpretar para efectos administrativos dichas leyes).
- Autorizar a los intermediarios la realización de operaciones análogas o conexas. (En los catálogos de operaciones permitidas a los intermediarios normalmente se añade al final “la celebración de las operaciones análogas o conexas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”).
- Participar en los órganos de gobierno de diversas entidades y autoridades financieras. (La Secretaría de Hacienda hace lo que en derecho administrativo se ha llamado “ser cabeza de sector” y como tal ocupa puestos en las juntas de gobierno y consejos de las otras autoridades financieras y en las instituciones intermediarias nacionales – Banca de Desarrollo – etcétera).

4.- Las comisiones supervisoras.

Las entidades responsables de la supervisión de los intermediarios financieros son tres comisiones nacionales: la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV); la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) y la Comisión Nacional de Sistemas de Ahorro para el Retiro (CONSAR). Los intermediarios de cada uno de los ramos quedan bajo la competencia de la Comisión cuyo nombre los identifica, de igual manera, las sociedades controladoras de grupos financieros quedan bajo la supervisión de la Comisión que supervisa al intermediario de actividad preponderante dentro del grupo.

Por su naturaleza se trata de órganos desconcentrados de la Secretaría de Hacienda, (“*La desconcentración puede entenderse como la transferencia que de ciertas competencias hace la administración pública...*”¹³) constituidos al amparo de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que prevé en su artículo 17: “Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.”

Esto significa que son entidades que forman parte del quehacer de la Secretaría de Hacienda, pero que debido a su especialidad se les dota de una cierta autonomía técnica y

¹³ PÉREZ DE LEÓN, ENRIQUE. *Notas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Editorial Porrúa México 1986. Página 173.

operativa. En doctrina de Derecho Administrativo a este fenómeno se le ha llamado: “órganos de administración personalizada con competencia funcional propia”¹⁴ que se caracterizan por: ser **auxiliar** del trabajo, responsabilidad y funciones del órgano mayor del que forman parte; la **especialidad** de la materia de la que se ocupan; el actuar con **autonomía**; no contar con **personalidad jurídica** propia; nacer como fruto de un **acto legislativo** y usualmente tener un desempeño **territorial** que se extiende a todo el país.

Es usual que el costo operativo de estas comisiones sea solventado por los propios intermediarios a los que se les impone una cuota por la supervisión.

La CNBV tiene una Ley especial; la CNSF nace de un Reglamento Interior y de las facultades que le atribuyen las Leyes LGISMS y la LFIF; la CONSAR nace de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; todas tienen reglamento interior. Como se ha visto, en todas las leyes del sistema hay una gran cantidad de atribuciones otorgadas a dichas comisiones.

El propósito que sirven estas autoridades es la de cuidar que la participación de todos los intermediarios en el sistema financiero nacional procure un desarrollo equilibrado, sirviendo al plan nacional y a las políticas de crecimiento, evitando desviaciones y prácticas que pueden ser nocivas para el país.

Del análisis de las facultades que las leyes asignan a estas comisiones se pueden encontrar varias constantes que se enuncian siguiendo el espíritu de la presente obra de encontrar las instituciones comunes. Los comunes denominadores que se han precisado de las funciones de las autoridades se repiten con claridad: supervisar, autorizar, regular y algunas otras funciones operativas.

4.1 Supervisión.

Esta es la primera y más importante atribución de estas comisiones. Durante algún tiempo en la historia se le llamaba “inspección y vigilancia” y más recientemente evolucionó al término “supervisar” que, a decir de la Real Academia significa: “Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros”, el diccionario de Palomar de Miguel dice “en determinados casos”¹⁵.

En cuanto a la materia sobre la que versa la supervisión, se trata de cuidar el cumplimiento de toda la normatividad aplicable a los intermediarios, tanto en estructuras corporativas, en cumplimiento de obligaciones administrativas, como en estructuras de capitales, manejo de riesgo, contabilidad, sistemas (de información, de valuación, de compensación, etc.) y desde luego que “cumplan debida y eficazmente las operaciones y servicios” que prestan al público.

Por cuanto al ámbito personal de aplicación, la vigilancia se dirige a los intermediarios financieros que las comisiones tienen bajo su cuidado pero se extiende a labores de personas no intermediarios que, en presunta violación de la ley, realicen actividades de intermediación. La labor también se extiende a no intermediarios pero que se trata de personas cuya labor es significativa para el mercado, por ejemplo, los emisores de valores que cotizan en el gran público inversionista. Debe cuidarse también que la actuación de los principales funcionarios de los intermediarios, incluyendo consejeros y auditores externos sea dentro de la ley y de estándares de honorabilidad.

¹⁴ HAMDAN AMAD, FAUZI. Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo. Cámara de Senadores. México 2002. Páginas 266 a 271.

¹⁵ PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones S. de R.L. México 1981. página 1286

La labor de supervisar se inicia con la observación y la investigación, la práctica de visitas y las peticiones de información es lo corriente. La supervisión puede llegar a intervenir en la emisión, sorteos y cancelación de títulos, pudiendo incluso ordenar que se corrijan o suspendan determinadas operaciones, o la cotización en el público. Un extremo posible lleva a la intervención administrativa o gerencial del intermediario y, llegado el extremo, a solicitar el concurso y a participar en la liquidación de los mismos.

La facultad también desemboca en la imposición de sanciones, tanto pecuniarias como de suspensiones de la posibilidad de participar como funcionarios en el sistema o, coadyuvar con el ministerio público en la persecución de delitos (como se verá después, los dictámenes técnicos que apoyarán la querrela de las autoridades en el caso de estos delitos, provienen de las comisiones supervisoras).

Dada la extensión global de la economía, es frecuente que los intermediarios financieros operen en actividades que trascienden fronteras y por lo mismo, que otras entidades inspectoras tengan necesidad de conocer la conducta de los intermediarios mexicanos. Lo mismo puede decirse al revés, que el supervisor nacional requiera el conocimiento de actividades de intermediación financiera practicadas en el extranjero. Por ello la facultad supervisora incluye el establecer programas de colaboración con entidades similares del extranjero.

4.2 Regular.

La facultad regulatoria que realizan estas comisiones es importante tanto en la cantidad como en la calidad, tal como se ha comentado en el capítulo relativo al elemento formal del sistema financiero. Las comisiones son encargadas por todas las leyes del sistema de un gran catálogo de materias sobre las cuales deben ejercer esta facultad.

En resumen puede decirse que los aspectos sobre los cuales se regula incluyen normas prudenciales sobre estructuras corporativas, gobierno corporativo, manejo de riesgos, operaciones relacionadas, no concentraciones indeseadas; así como la normatividad de registro y contabilidad de las operaciones, de sistemas (compensación, registro, calificación, etc.), valuación de activos, información que deben entregar tanto a las autoridades como al público, establecimiento de lugares y días de operaciones, establecimiento de los criterios que definen las prácticas sanas y manera de llevar a cabo las operaciones propias.

4.3 Autorizar.

A las Comisiones se les ha dado también facultades de otorgar autorizaciones para operar algunos intermediarios y el de participar con opiniones a la Secretaría de Hacienda en las autorizaciones que ésta tenga que otorgar. También se les otorga facultades de autorización de determinadas operaciones.

4.4 Registros e Información.

Hay algunas otras facultades asignadas a las comisiones supervisoras que completan su cuadro jurídico. Las principales se relacionan con el manejo de algunos registros; el convertirse en expertos que pueden ser consultores y dar opiniones y el de producir una serie de estadísticas e informaciones para otras autoridades o para el público en general.

5.- Otras autoridades.

5.1 La Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros nació en un momento coyuntural de una crisis financiera que políticamente había causado la sensación de que las autoridades financieras no ejercían adecuadamente su función de supervisar a los intermediarios y que se menospreciaba el interés de la gran población usuaria de los servicios de los intermediarios. En ese contexto decidió crearse (juntamente con el Instituto de Protección al Ahorro Bancario) una legislación que protegiera los derechos del público y una especie de ombudsman del consumidor.

Independientemente de los propósitos de la citada ley, los cuales serán objeto de comentario en el capítulo de protección de los intereses del público usuario, cabe encontrar aquí las funciones de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) que se crea en ese contexto como una autoridad más del sistema financiero.

La CONDUSEF, a diferencia de las comisiones supervisoras, es un organismo descentralizado de la Secretaría de Hacienda con personalidad jurídica y patrimonio propio cuyo objetivo es servir de defensor del usuario, actuar como conciliador y como árbitro en disputas y proveer equidad en las relaciones.

Anteriormente a esta Comisión, las Comisiones supervisoras mantenían un sistema de atención a las quejas del público usuario, esa función les fue retirada para concentrarse en esta autoridad que maneja el proceso de consultas y reclamaciones y establece la posibilidad de fungir como conciliador y como árbitro.

Se le añadieron las facultades de manejar un registro/inventario de los prestadores de servicios financieros y otras labores como las de supervisar los contratos de adhesión que los intermediarios usen para documentar sus operaciones con el público, así como los estados de cuenta que emiten a éste.

Se le da a la Comisión una labor de asesoría al público y de defensoría de los clientes y se le dota de una facultad sancionadora. Con ello, se establece una delicada posición ya que se convierte en juez y parte aún cuando su ley hace referencias repetidas a procesos de equidad que difícilmente se pueden dar.

Una reforma posterior amplió el espectro de funciones de esta autoridad para convertirla en algo que originalmente no estaba vocacionada a ser: una entidad supervisora más de los intermediarios. En efecto, cuando se le dan facultades de introducir cambios en los contratos con los que se documentan operaciones, de emitir dictámenes técnicos sobre la actuación de los intermediarios, de ordenar afectaciones contables, de solicitar todo tipo de informes, etcétera, se le está dando una función de supervisión adicional.

5.2 El Instituto de Protección al Ahorro Bancario.

Aunque el Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB) es una autoridad que concentra su labor en un solo tipo de intermediario financiero: la banca, el papel que desempeña este instituto es relevante pues su función es la de, como su nombre lo anuncia, ofrecer una protección a los depositantes del sistema bancario.

Su creación histórica se dio también en el contexto de la crisis que se refiere en el párrafo anterior, sin embargo su función de alguna manera venía siendo cubierta por un mecanismo diverso: un fideicomiso que con mecanismos diversos ofrecía una protección total a los ahorradores y que actuó importantemente en el salvamento del sistema financiero en medio de la crisis de mediados de los noventa.

Ciertamente el sistema que dicho fideicomiso establecía no era el mejor como experiencias en otros países han demostrado al ofrecer un sistema de seguro limitado a los ahorradores.

El IPAB es un organismo descentralizado del sector de la SHCP.

Su función central es la de operar el seguro de los depósitos que los ahorradores constituyen en la banca, esto quiere decir que el IPAB deberá asumir y, en su caso, pagar en forma subsidiaria, las obligaciones que se encuentren garantizadas a cargo de las Instituciones, con los límites y condiciones que se establecen en la Ley (400,000 UDIS por persona – institución).

Se encuentra facultado para desarrollar diversos programas de apoyo a ahorradores y deudores de la banca; dentro de los cuales se incluye el dar financiamiento emergente a instituciones en dificultades las cuales puede intervenir cautelarmente y llegar a constituirse en propietario de sus acciones.

Fungirá también como síndico en los casos de quiebras de instituciones de crédito. (Aún cuando esta función puede constituir un conflicto de intereses pues en esos casos será acreedor, en ocasiones dueño y al mismo tiempo deberá, como síndico proveer al pago de todos los acreedores).

Entre sus facultades está la de poder pedir información a los bancos, lo cual lo constituye de alguna manera en una autoridad supervisora más.

Conclusión.

La labor de las autoridades del sector financiero es fundamental para garantizar la rectoría económica del Estado.

Las atribuciones que fundamentalmente desarrollan las autoridades son la supervisión, la regulación y el otorgamiento de autorizaciones.

El Banco de México desempeña, además de atribuciones de autoridad, una serie de actividades de operación directa en el mercado financiero.

Sería deseable que se redujera la proliferación de autoridades en este sector y que se concentraran las atribuciones evitando duplicidades y ayudando con ello a disminuir el costo regulatorio en beneficio de los usuarios del sistema.

CAPÍTULO 6 ASPECTOS CORPORATIVOS

CONTENIDO.

1 Estructura corporativa de las entidades que fungen como Intermediarios Financieros.

- 1.1 Constitución, duración y domicilio.**
- 1.2 Denominación.**
- 1.3 Objeto social.**
- 1.4 Estatutos.**
- 1.5 Capital.**
 - 1.5.1 Capital mínimo.**
 - 1.5.2 Capital neto.**
 - 1.5.3 Acciones de Tesorería.**
 - 1.5.4 Parte adicional del capital.**
 - 1.5.5 Libre suscripción.**
 - 1.5.6 Depósito de las acciones en INDEVAL.**
 - 1.5.7 Límites de tenencia.**
- 1.6 Asambleas.**
- 1.7 Consejo.**
- 1.8 Funcionarios.**
 - 1.8.1 Consejeros.**
 - 1.8.2 Director general.**
 - 1.8.3 Comisario.**
 - 1.8.4 Contralor normativo, Comité de auditoría, Auditores externos.**
 - 1.8.5 Funcionarios que ocupan las dos jerarquías siguientes.**
 - 1.8.6 Control de la calidad de los funcionarios.**
- 1.9 Fusiones y escisiones.**
- 1.10 Disolución y liquidación.**
- 1.11 Concurso.**

2 Banca de Desarrollo.

Conclusión.

Las estructuras corporativas del sistema financiero mexicano ofrecen una estructura constante.

Por lo que toca a las entidades gubernamentales, según queda visto en el capítulo respectivo a las autoridades, actúan con cuatro características: el organismo constitucional autónomo, el caso del Banco de México; la organización administrativa centralizada, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; la desconcentración, las Comisiones; y la descentralización, el IPAB, la CONDUSEF.

Las entidades privadas se organizan fundamentalmente en la forma de sociedad anónima con algunas variantes peculiares relacionadas con normas de gobierno corporativo y con medidas tendientes a dar más seguridad a su operación.

Las entidades del Estado que practican intermediación se organizan alrededor de la figura diseñada originalmente para los bancos en la época en que fueron propiedad del Estado: la sociedad nacional de crédito, con las peculiaridades que les imponen las propias leyes orgánicas que usualmente las constituyen.

1.- Estructura corporativa de las entidades que fungen como Intermediarios Financieros.

Las cuestiones corporativas, es decir, la definición de cómo se estructuran y funcionan las personas morales que hacen la intermediación financiera, son un ejemplo muy claro de que la hipótesis que alienta este trabajo, se confirma. En efecto, las normas son tan consistentes que es lógico que en la mente del legislador ha estado crear un modelo uniforme, un instituto corporativo que rige para todo el sistema.

La norma general es que se aplican las normas de la Ley General de Sociedades Mercantiles (incluso se repiten algunas de las normas típicas de ella) en lo que no estén modificadas por las leyes especiales. Entre las modificaciones introducidas por las leyes especiales se pueden separar dos grupos: las que introducen una variante o un estándar más estricto que la LGSM y las que regulan la estructuración de entidades muy peculiares como puede ser el caso de las entidades de la Ley de Ahorro Popular.

En este capítulo se tratan aquellos casos que por constituir: primero, una peculiaridad respecto del régimen genérico y, segundo, una generalización entre los intermediarios financieros, se convierten en una “institución” propia del sistema financiero.

En este tema es evidente que ha campeado la aplicación de los temas derivados del llamado “Gobierno Corporativo”, una serie de medidas que tienden a hacer más transparente para socios y para terceros la toma de decisiones de administración de la sociedad y para incrementar la responsabilidad de quienes ejercen los diversos puestos en los órganos administrativos de la misma.

Es especialmente trascendente el enfoque que la Ley del Mercado de Valores de 30 de diciembre de 2005 ha aportado en este sentido al sistema financiero mexicano, pues establece múltiples excepciones al régimen corporativo de la LGSM e incorpora con intensidad los conceptos de gobierno corporativo para las entidades que regula.

1.1 Constitución, duración y domicilio.¹

Salvo las entidades que intermedian en el ramo del ahorro y crédito popular que tienen sus formas específicas de constitución y organización, así como su agrupación en federaciones y confederaciones, la norma genérica de constitución para todos los demás intermediarios es la sociedad anónima, aplicando lo dispuesto en la Ley de Sociedades Mercantiles con las modalidades impuestas en forma específica en las leyes financieras.

Todas las sociedades del sistema operan bajo el concepto de duración indefinida y tienen su domicilio social en territorio nacional (inclusive aquellas llamadas “filiales del exterior”).

1.2 Denominación.²

El uso de las palabras relativas a la actividad y las operaciones de los intermediarios en las denominaciones de las sociedades queda limitado exclusivamente a las entidades que cuentan con la autorización correspondiente.

Existen sanciones por el uso indebido de las denominaciones en cuestión, incluso hay una prohibición para que el Registro Público niegue la inscripción a sociedades que

¹LIC: 9; LMV : 115; LOAAC : 8; LGISMS : 29; LFF : 15; LAP : 2; LSI : 12; **Duración** LRAF: 16; LIC: 9G II; LMV : 17-Bis-2; LOAAC : 8, F II; LGISMS : 29 FIV; LFF : 15; LAP; LSI : 12; **Domicilio**: LRAF: 16; LIC: 9 F IV; LMV : 17-Bis-2.- F III; LGISMS : 29 FV; LFF: 15 F VI

² LRAF: 8; LIC: 105; LMV: 115 y 415 ; LOAAC: 7; LGISMS: 20, 21; LFF: 10, 11; LAP: 6; LSI: 11, 12

lleven en su denominación las palabras relativas a instituciones u operaciones financieras cuando no se cuenta con la autorización debida.

Uno de los beneficios de integrar grupos financieros radica precisamente en que las entidades que lo integran pueden ostentarse usando una denominación similar que los identifica como integrantes de dicho grupo.

1.3 Objeto social.³

Definidos con mayor o menor detalle se puede decir que las entidades del sistema tienen por objeto la práctica de la intermediación financiera en el nicho específico de la especialidad que las alienta.

Adicionalmente, toda la legislación de los intermediarios adopta como objetivo el que la intermediación financiera, las entidades que la practican y las autoridades que regulan y supervisan, se desenvuelvan en forma sana propiciando equilibrio y desarrollo en las actividades financieras en beneficio del país.

1.4 Estatutos.⁴

Las entidades financieras se registrarán por sus estatutos los cuales deben ser propuestos para su aprobación a las autoridades reguladoras y autorizadas cuyo visto bueno será indispensable para su inscripción obligada en el Registro Público de Comercio en sustitución del mandato judicial (que es la norma en el sistema de Sociedades Mercantiles). De las reformas a los mismos debe decirse otro tanto.

1.5 Capital.

1.5.1 Capital mínimo.⁵

A todos los intermediarios financieros se les exige un capital mínimo que será fijado por las autoridades tomando en cuenta una serie de elementos económicos que permitan definir que la entidad podrá atender su operación con el capital suficiente para dar seguridad a la misma. En el caso de las sociedades controladoras parece evidente que su capital mínimo debe de ser por lo menos la suma de los capitales mínimos que requerirán las entidades controladas que integrarán el grupo financiero. El capital fijado como mínimo deberá estar íntegramente pagado.

1.5.2 Capital neto.⁶

Se entiende por capital neto: la suma del capital básico y el complementario a los que se les restan algunos conceptos como impuestos diferidos, obligaciones subordinadas, inversiones en empresas, reservas pendientes de constituir, financiamientos otorgados para compra de acciones del grupo y algunos gastos de organización.

Este valor es el usado como referencia para determinar los capitales mínimos que deberán reunir las entidades intermediarias, por ejemplo, el artículo 19 de la Ley de Instituciones de Crédito dice: *“El capital mínimo de cada una de las instituciones de banca múltiple será la cantidad equivalente al 0.12 por ciento de la suma del*

³ LRAF: 16; LIC: 9 FI; LMV: 115 F I; LOAAC: 11,24,40,45A,81; LGISMS: 34; LFF: 15 FI; LAP: 4; LSI: 5

⁴ LRAF: 17; LIC: 9; LMV: 115; LOAAC: 8 FIX; LGISMS: 29 FIX; LFF: 11 F X; LAP: 10; LSI: 12 F XII

⁵ LIC: 9 FIII; LMV: 115,116,117; LOAAC: 8 F I; LGISMS: 29; LFF: 15 F II; LSI: 12 F III

⁶ LIC – 50. Esta descripción está tomada de un peritaje rendido en tribunales en un litigio de una institución de crédito.

capital neto que alcancen en su conjunto dichas instituciones al 31 de diciembre del año inmediato anterior."

Es asimismo, el gran indicador de la salud financiera de una institución. El monto del capital neto debe guardar una relación con los riesgos de mercado y de crédito. De hecho, las normas internacionales han establecido índices y parámetros que las legislaciones y autoridades supervisoras de todo el mundo se han encargado de imponer, cuidar y supervisar (Los acuerdos de Basilea, así llamados porque en esa ciudad suiza reside el Banco Internacional de Pagos que es quien fija esos estándares).

La falta de cumplimiento de dichos índices y relaciones detona el sistema de alertas tempranas para que las autoridades supervisoras puedan imponer medidas de saneamiento de las finanzas y, en último término, el sistema de resolución de las entidades.

1.5.3 Acciones de Tesorería.⁷

Prácticamente todas las entidades se constituyen o bien como de capital variable o bien se les autoriza a emitir acciones de tesorería que podrán ser colocadas en los términos que determinen los estatutos de la sociedad. La utilidad de esas acciones radican en el hecho de que es un mecanismo sencillo para poder obtener recursos adicionales con relativa sencillez por lo que toca al proceso de colocación y que permite además, cuando la actuación del intermediario ha sido satisfactoria, obtener un buen precio por ellas y a que se puedan colocar a su valor nominal más una prima.

1.5.4 Parte adicional del capital.⁸

Además de la posibilidad de operar con una parte fija de capital y una variable, se ha establecido también el sistema de emisión de acciones que representan un capital adicional y que son de voto limitado. La explicación de esta posibilidad tiene su origen en la época en donde el capital de los intermediarios estaba cerrado a los extranjeros, pues representó un camino para lograr captar dichos recursos. Una vez que ya se ha abierto la suscripción del capital a todos los interesados, mexicanos o extranjeros, el propósito de dicho capital adicional es la atracción de los interesados en ver el capital de las entidades financieras como una forma de inversión, esto es, tener interés sólo en la parte económica de la acción y no la parte corporativa de la misma, de la misma, dicho rápido: para aquellos que invierten sin tener el "*animus societatis*".

Por ello, tales acciones sólo deben ser llamadas a votar en los eventos más trascendentales de la vida de la sociedad y a cambio de esa limitante, se le puede fijar un dividendo preferente.

En el caso de las sociedades de inversión, la existencia de dos series de acciones es importante porque una serie representa el capital mínimo sin derecho a retiro y la otra representa su típica manera de operación: es la parte que se vende al gran público inversionista.

⁷ LRAF: 18 bis; LIC: 12; LMV: 117; LOAAC: 8 ; LFF: 15 F II;; LSI: 12 F VI

⁸ LRAF: 18, 18 bis; LIC: 11, 12,13; LMV: 117; LOAAC: 8 ; LGISMS: 29 F I; LFF: 15 F II;; LSI: 12

1.5.5 Libre suscripción.⁹

Como resultado de una evolución del propósito del legislador, de una normatividad restrictiva de quienes podían ser tenedores del capital de un intermediario se ha pasado hacia una apertura casi total. En el inicio del sistema de grupos financieros, las acciones de las controladoras y de varios intermediarios se clasificaron en series (A, B y C) según quienes podían ser sus propietarios. Hoy en día todas las acciones son O (ordinarias) y si hay capital adicional, éste estará representado por acciones L (limitadas). Ambas series son de libre suscripción.

De todas maneras se establecen algunas limitaciones en cuanto a su tenencia. El ingreso a ser propietario de capital de las entidades está vedado para personas morales extranjeras que sean autoridad. Asimismo, se establecen limitaciones para que otros intermediarios financieros participen en el capital de una entidad (*principio de separación*). Como se explicó en el capítulo de principios, el propósito es evitar los fenómenos de piramidación de capitales que tienen por resultado al inflar injustificadamente el valor del capital invertido como soporte de la operación de los intermediarios.

La excepción a esta prohibición se establece para las sociedades controladoras de grupos financieros (lógico pues su objeto es precisamente adquirir capitales de las entidades controladas) y para los llamados “inversionistas institucionales” quienes usan la adquisición de títulos representativos del capital de entidades financieras para dar solidez a sus posiciones de tesorería y para ofrecer al gran público inversionista instrumentos sólidos para captar su ahorro.

1.5.6 Depósito de las acciones en INDEVAL.

Aún cuando las acciones representativas del capital social de las entidades financieras no coticen en el mercado público, se ordena que se depositen en un instituto para el depósito de valores con el propósito de ejercer una supervisión adicional de que se han cumplido las normas que las rigen y ofrecer así una solidez en el sistema como garantía ante el público en general.

1.5.7 Límites de tenencia.

En aplicación del principio de pulverización del capital, el legislador mexicano ha deseado que no exista un abuso en la excesiva concentración de la tenencia del capital de entidades financieras. En esto ha habido también una evolución del sistema establecido al crearse los grupos financieros que era más estricto al establecido por las reformas posteriores.

Se pueden encontrar las siguientes normas básicas alrededor de la tenencia de las acciones:

- a) Cualquiera adquisición por un equivalente al 2% o más del capital de la entidad debe reportarse a la autoridad (SCHP, CNBV en caso de Casas de Bolsa).¹⁰
- b) Cualquier acumulación arriba de un 5% (10% en el caso de las OAAC) debe recabar la autorización de la SHCP (de la CNBV en caso de Casas de Bolsa).

⁹ LRAF: 18, 20; LIC: 13, 17; LMV: 117; LOAAC: ; LGISMS: 29 F II; LFF: 15 F III ; LSI: 14

¹⁰ LRAF: 18 bis; LIC: 12; LMV: 119 F I; LOAAC: 8; LFF: 15 F II

- c) Un grupo de accionistas que conjunten un 30% del capital y como tales ejerzan el control de la entidad deben hacer revelación de tal circunstancia y registrarse como tales ante la SHCP. En caso de Casas de Bolsa debe recabarse autorización previa de la CNBV.¹²
- d) Las entidades financieras deben dar irrestricta información de quiénes son sus accionistas y cómo éstos cumplen con los requisitos de ley.
- e) Las entidades financieras deberán abstenerse de inscribir las adquisiciones que contravengan esas normas.¹³
- f) Las personas que infrinjan las normas podrán ser sancionados con la venta forzada de los excedentes. En el caso de Casas de Bolsa la adquisición estará afectada de nulidad relativa con imposibilidad de ejercicio de los derechos corporativos y económicos.¹⁴

1.6 Asambleas.¹⁵

En las leyes de algún tipo de entidades intermediarias se consignan algunas normas más estrictas que las marcadas en la LGSM (en la LGISMS se dice que pueden convocar a la asamblea, accionistas que sumen 10% del capital - en la LGSM se requiere un 33% - , asimismo requiere porcentajes más estrictos de quórum y de votación en las asambleas extraordinarias), pero estas disposiciones no se generalizan en todas las demás por lo que no vale tomarlas como una “institución” genérica.¹⁶

En lo que sí existe una clara norma especial son las normas para la representación de los socios en las asambleas. Los poderes respectivos deberán: manifestar con que carácter se comparece, contener orden del día, instrucciones precisas de cómo votar. Se desea un ejercicio consciente del voto.

En el orden del día deberán incluirse los asuntos a tratar incluyendo los listados bajo el rubro asuntos generales.

1.7 Consejo.

En materia del órgano primario de administración resulta evidente que el sistema financiero desea que siga con algunas de las normas establecidas por el concepto de gobierno corporativo.

El número de sus integrantes oscilará entre 5 y 15 consejeros, esto representa el deseo de un órgano que sea a la vez realmente plural y que pueda ser operativo.¹⁷ Los derechos de las minorías a nombrar consejeros quedan fijados usualmente en un 10% del capital, en un caso se aumenta a 15% y en otros casos se deja, conforme dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles a lo dispuesto por estatutos. Estos consejeros de minoría no podrán ser revocados a menos que se revoque el nombramiento de todos.

El Consejo deberá sesionar por lo menos cada tres meses y podrá ser convocado, además de por su presidente y alguno de los comisarios, por el 25% de los consejeros. Se

¹¹ LRAF: 20; LIC: 17; LMV: 119,F II; LOAAC: ; LGISMS: 29 F II; LFF: 15 F III ; LSI: 14

¹² LRAF: 20; LIC: 17; LMV: 119 F III ; LOAAC: ; LGISMS: 29 FII 2; LFF: 15 F III ; LAP: ; LSI:

¹³ LRAF: 21;LIC: 18;LMV: 120

¹⁴ LRAF: 21; LIC: 18; LMV: 120 in fine.

¹⁵ LRAF: 22, 22 bis; LIC: 16, 16 bis; LMV: 121; LOAAC: 8; LGISMS: 29; LFF: 15 F IV, VII

¹⁶ Para un mayor detalle en el ejercicio de derechos de minorías se refiere a GARCÍA VELASCO, GONZALO. Las Minorías en las Sociedades Anónimas. Editorial Porrúa, México, 2005.

¹⁷ LRAF: 24; LIC: 22; LMV: 123, 124,127; LOAAC: 45 bis 11; LGISMS: 29 F VII; LFF: 15 VIII; LSI: 18;LRAF: 12 F X

integrará válidamente con el 51% de sus integrantes debiendo por lo menos estar presente uno de los consejeros independientes.

1.8 Funcionarios.

1.8.1. Consejeros.

Para ser miembro de un consejo se exige calificación en elegibilidad crediticia, honorabilidad y amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa y no estar en alguno de los supuestos de exclusión (ser empleado, ser funcionario de las autoridades reguladoras, tener litigio pendiente con la institución, estar inhabilitado para ejercer el comercio, ser consejero en instituciones de otro grupo financiero, etc.)¹⁸

Entre ellos deberá haber un mínimo de la cuarta parte (en sociedades de inversión es la tercera parte) de los llamados consejeros independientes, es decir de aquellos que, teniendo experiencia, capacidad y prestigio profesional, no mantienen una relación estrecha con la institución de que se trate por no estar unidos a ésta por vínculos familiares, económicos o de negocios, según son definidos en la ley y en las disposiciones de carácter general que emitan las Comisiones supervisoras en ejercicio de la facultad que en tal sentido las leyes les irrogan.¹⁹

Por cada titular se nombrará un suplente debiendo los que suplan a consejeros independientes mantener las mismas calidades que éstos.²⁰

Están ligados por la obligación de confidencialidad y la de abstenerse de deliberar y votar en asuntos con conflicto de interés, debiendo tener su domicilio en territorio nacional.²¹

1.8.2 Director General.²²

Debe contar con elegibilidad crediticia y honorabilidad, ser residente en territorio nacional, tener experiencia de cinco años en puestos de alto nivel decisorio y experiencia en materia financiera, legal o administrativa. Los impedimentos para ser consejero se le aplican al Director General.

1.8.3 Comisario...²³

Deberá residir en territorio nacional, no tener ninguno de los impedimentos que se mencionan para los consejeros, no ejercer funciones de administración ni en la propia entidad ni en ninguna otra del sistema financiero. Si existen varias series de acciones deberá designarse un comisario por cada una de ellas y en el caso específico de las entidades de ahorro y préstamo el puesto será colegiado.

1.8.4 Contralor normativo, Comité de auditoria, Auditores externos.²⁴

Otra innovación en el mundo de las empresas proveniente de las políticas de aplicación del gobierno corporativo es la obligatoriedad de que existan algunos funcionarios u órganos que cuiden que las cosas se hagan dentro del marco

¹⁸ LRAF: 25; LIC: 23; LMV: 124; LGISMS: 29 VII bis, 29 VII bis 1; LFF: 15 VIII bis; LAP: 20, 2;; LSI: 12, 61.

¹⁹ LRAF: 24; LIC: 22; LMV: 123 y 125; LGISMS: 29 F VII; LFF: 15 X VIII; LAP: 19; LSI: 12 X

²⁰ LRAF: 24; LIC: 22; LMV: 123; LOAAC: 45 bis 11; LGISMS: 29 F VII; LFF: 15 VIII; LSI: 12 X

²¹ LRAF: 25; LIC: 23; LMV: 124; LGISMS: 29FVII; LFIF: 15.- F VIII...f); LAP: 65, 101; LSI: 61

²² LRAF: 26; LIC: 24; LMV: 122, 128; LGISMS: 29 VII bis 1; LFF: 15 VIII Bis 1; LAP: 23; LSI: 61

²³ LRAF: 26, 26-Bis-1; LIC: 24, 26; LMV: 131; LOAAC: 8 F FX; LGISMS: 32; LFF: 83; LAP: 28

²⁴ LRAF: 27; LIC: 21,25; LMV: 131; LGISMS: 29 VII bis, 31; LFF: 15 VIII BIS, 15 bis 1; LSI: 61

normativo que rige a los intermediarios. Tales son los casos de las figuras de un contralor normativo o un comité de auditoria y alguna regulación para cuidar la calidad de los auditores externos.

La función del contralor normativo es la de revisar que en el seno de una entidad se cumpla con la normatividad, tanto externa como interna, a fin de asegurar que la entidad se ajuste estrictamente al marco normativo que rige su conducta. Es independiente de la labor del comisario cuyos dictámenes, así como los de los auditores externos, puede revisar a fin de sugerir al Consejo de Administración diversas líneas de conducta.

Al igual que la figura del contralor normativo, las normas de gobierno corporativo han introducido la figura del comité de auditoria, como un órgano que asume todas las funciones de auditoria reportando al consejo de administración en lugar de hacerlo al Director General.

Al parecer la tendencia es que estas figuras desplacen a la del comisario que ha dejado de responder al propósito que anima su existencia.

La Ley del Mercado de Valores mantiene para las Casas de Bolsa la figura y estructura tradicional del comisario aunque para las otras sociedades anónimas que colocan valores en el mercado ha desaparecido la figura y la ha reemplazado por un comité de auditoria y un comité de prácticas societarias, desplazando algunas responsabilidades de vigilancia al consejo de administración y a la asamblea.²⁵

1.8.5 Funcionarios que ocupan las dos jerarquías siguientes.²⁶

Las normas de calidad, requisitos, posibilidad de remoción por la autoridad se extienden en prácticamente todo el sistema financiero a los funcionarios que ocupan los niveles dos y tres de la estructura corporativa de administración abajo del Director General.

1.8.6 Control de la calidad de los funcionarios.

El cumplimiento de las normas de exigencia de calidad y cumplimiento de determinados requisitos para los funcionarios de los primeros niveles de la organización se deja a tres diversas instancias: la primera de ellas son los propios funcionarios quienes tienen la obligación de hacer manifestaciones expresas respecto del cumplimiento de los requisitos que les son aplicables; la segunda está en las propias entidades intermediarias quienes deben verificar que se cumplan tales requisitos.²⁷ La tercera instancia está en las autoridades supervisoras y reguladoras que por un lado tienen facultades de reglamentar cómo deben integrarse los expedientes de dichos funcionarios y, por otro lado, tienen la facultad de ordenar la suspensión, destitución, remoción e incluso inhabilitación de las personas que no los cubren o incurrir en alguna conducta digna de tal sanción y la de mantener “listas negras” con las personas que no se consideran aptas para cubrir puestos de los regulados.²⁸

²⁵ Véanse los artículos 41 a 43 de la LMV relativos a las Sociedades Anónimas Bursátiles.

²⁶ LRAF:26; LIC: 24; LMV 128; LGISMS: 32, 29 VII bis 1; LFF: 15FVIII bis 1; LSI: 61

²⁷ LRAF: 26-BIS.-; LIC: 24-BIS.-; LMV: 129; LGISMS: VII BIS-4; LFF: 15FVIII BIS-4.-; LAP: 31.-; LSI: 61.

²⁸ LRAF: 27; LIC: 25; LMV: 393 y 394; LOAAC: 74; LGISMS: 31; LFF: 15 VIII bis 2; LAP: 122; LSI: 80

1.9 Fusiones y escisiones.²⁹

Tales actos corporativos están sujetos al requisito de autorización previa por parte de las autoridades, de modo que no puedan registrarse los mismos sino hasta contar con dicha autorización. Las fusiones y escisiones surten efectos a partir de la fecha de inscripción en el Registro Público de Comercio. Las oposiciones de los acreedores se harán para el solo efecto de obtener el pago de sus créditos sin que esta oposición suspenda la fusión o escisión.

En el caso de las entidades de la Ley de Ahorro y Préstamo Popular, las operaciones de fusión y escisión de entidades son vistas como un proceso de saneamiento y solidez del sistema, más que como un acontecimiento extraordinario y final de la entidad.

1.10 Disolución y liquidación.³⁰

Estos procesos se rigen, en general por lo dispuesto en la Ley de Sociedades Mercantiles, (en el caso de bancos en la Ley de Protección al Ahorro Bancario) y las normas especiales de cada ley, las cuales van encaminadas a asegurar un tratamiento adecuado a los terceros que han tenido relaciones con las entidades liquidadas y a la solidez del sistema financiero.

El cargo de liquidador recaerá o en una institución de crédito o en una persona capaz designada por la Comisión supervisora (en el caso de los bancos, será el Instituto para la Protección del Ahorro Bancario; en el caso de las Casas de Bolsa, la Asamblea podrá designar a una institución de crédito, a otra casa de bolsa, al servicio de Administración y Enajenación de Bienes o a un Especialista registrado en el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles).

1.11 Concurso.³¹

La legislación trata el fenómeno del concurso mercantil al igual que la disolución y liquidación, puesto que en materia de entidades financieras es de muy difícil realización el que el concurso mercantil pueda tener como finalidad principal, como sucede para las empresas mercantiles, el lograr una reestructuración de sus adeudos con sus acreedores y mantener viva la operación. Cuando una empresa financiera llega al grado de deterioro en sus pagos a acreedores, es lógico que no haya nada que hacer, la autorización habrá sido revocada y lo único que se buscará es la liquidación de los activos.

En materia de Agrupaciones Financieras, la Ley no tiene mención especial por lo que su concurso se regirá por la Ley de Concursos Mercantiles; en la Ley del Mercado de Valores se remite a la aplicación de la Ley de Concursos Mercantiles con algunas salvedades específicas; similar sucede con las Sociedades de Inversión que en su ley refiere a la LCM. Los casos de las Instituciones de Crédito y las entidades de ahorro y préstamo tienen una referencia al capítulo II, Título Octavo de la LCM (concurso de instituciones de crédito) mientras que los casos de compañías de seguros y de fianzas refieren al trato del capítulo III del Título Octavo de la LCM: el concurso de “instituciones auxiliares del crédito”.

La LCM también contempla un capítulo ad hoc para el concurso de las “instituciones auxiliares del crédito”

²⁹ LRAF: 10; LIC: 27; LMV: 132,133,134; LOAAC: 8 F XII ; LGISMS: 29 F X ; LFF: 15 F XI; LAP: 17;

³⁰ LRAF: 11; LIC: 29; LMV: 156; LGISMS: 29 F IX; LFF: 108, 109; LAP: 94; LSI: 12

³¹ LIC 29; LMV 158; LOAAC 79; LGISMS119 a 124; LFIF 102 y 109 bis; LAP 96, 97; LSI 12

Un tratamiento ad hoc para el tratamiento de instituciones financieras que fracasan parece necesario, pues los acreedores de éstas son, en términos generales los ahorradores del país o quienes han aportado recursos para la inversión productiva y el impacto que tiene la no devolución de esos créditos es de altísima importancia y trascendencia. Asimismo debe conjuntarse la participación que algunas autoridades financieras deben tener en los procesos de seguros a los ahorradores (caso del IPAB). Un primer paso en este sentido fue dado con la reforma de 6 de julio de 2006 en una iniciativa que fue llamada coloquialmente “de resoluciones bancarias” en la que el legislador fue muy prolijo en los caminos a seguir cuando instituciones de crédito incurren en situaciones de insolvencia (no de iliquidez como la teoría moderna apunta).³²

2.- Banca de desarrollo.

Las diversas instituciones que integran la banca de desarrollo, dedicada fundamentalmente a promover la inversión y el desarrollo de algunos sectores específicos de la economía nacional son entidades de la Administración Pública Paraestatal y han estructurado su funcionamiento a partir de las Leyes Orgánicas que les dan sustento y de sus estatutos de gobierno.

En general la estructura de las mismas, aunque tienen sus peculiaridades cada una, es construirse corporativamente alrededor de la figura que el legislador mexicano creó a mediados de los años ochenta cuando la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito desarrolló el concepto de “Sociedad Nacional de Crédito” para atender la estructura corporativa de los bancos que habían pasado a poder del Estado y que ha resultado de gran utilidad.

El capital está representado por Certificados de Aportación Patrimonial divididos en dos series: la “A” que tiene como mínimo el 66 % del capital y la serie “B” que cubre el otro 34%. La primera de las series está reservada en exclusiva al Gobierno Federal y la segunda es para inversión abierta con la exclusión siempre de extranjeros y circulando en los términos que regulen las autoridades financieras.

Su estructura reporta dos órdenes de administración: un Consejo Directivo y un Director General que coexisten cada uno con sus funciones sin que uno sea superior al otro.

El Consejo Directivo está integrado normalmente, en su sección A mayoritaria, por funcionarios públicos de alto nivel en el Estado Mexicano que hacen parte de su función pública sentándose en dichos consejos. Una sección B de consejeros se designa por el Ejecutivo. La incorporación de consejeros independientes se ha previsto.

El Director General es un funcionario designado por el Ejecutivo cuyas características se delinean en las leyes orgánicas.

La vigilancia corre a cargo fundamentalmente de la Secretaría de la Función Pública y de algún otro comisario designado, ordinariamente por los Consejeros de la serie “B”. Estos comisarios, a pesar de ser varios actúan sin formar un cuerpo colegiado, cada uno con plenitud de facultades.

Conclusión.

La razón que ha llevado al legislador financiero a hacer regulaciones sobre cuestiones societarias es que ha sido mucho más fácil encontrar las razones y las justificaciones

³² Ley de Instituciones de Crédito artículos 27 bis 1 a 29 bis 12 y 122 bis a 122 bis 35

coyunturales para legislar materia de sociedades en la legislación financiera a cambio de carecer de esas condiciones para hacer una reforma a la Ley de Sociedades Mercantiles.

Como regla general de sana estructura legislativa, cabe pensar en que la legislación financiera no debe insistir en disposiciones que sean mucho más estrictas que las normas generales de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en circunstancias tales como los quórum de votación, el porcentaje para pedir convocatorias a sesiones de consejo o de asambleas o en la creación de órganos de administración o vigilancia novedosos. Si no hay una razón verdaderamente sólida, para crear la excepción, debe dejarse ese terreno a la Ley General de Sociedades Mercantiles y a los estatutos de las sociedades en especial.

Es razonable cuidar que las personas que ocupen puestos significativos en las entidades intermediarias tengan las calificaciones adecuadas que garanticen un buen desempeño y la solidez del sistema.

Asimismo la legislación financiera ha abusado de los detalles de redacción de sus textos en cuanto a regulación. Es menester tratar a las entidades financieras como mayores de edad y dejar que la supervisión que se haga de su actuar resuelva los conflictos y los abusos.

Un capítulo común a todas las entidades financieras, por lo menos a aquellas que no son propiedad del Estado resultaría conveniente para unificar todas esas decisiones y textos que el tiempo ha ido construyendo con algunas diversificaciones.

La incorporación de normas del Gobierno Corporativo a las entidades que forman el Sistema Financiero Mexicano es, además de una realidad, una práctica que refuerza la salud del mismo.

CAPÍTULO 7

LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

CONTENIDO:

1 La contratación en general.

- 1.1 Operaciones y contratos.
- 1.2 El contenido de los contratos del sistema financiero.
- 1.3 Las partes en la contratación del sistema financiero.
- 1.4 Características de los contratos bancarios.

2 La contratación en particular.

- 2.1 Operaciones Pasivas. Contrato de Depósito.
 - 2.1.1 El Depósito Regular.
 - 2.1.2 El Depósito Irregular.
 - 2.1.3 Modalidades de los contratos de depósito.
 - 2.1.4 Obligaciones adicionales.
- 2.2 Operaciones Activas.
 - 2.2.1 Préstamo.
 - 2.2.2 Apertura de Crédito.
 - 2.2.3 El concepto “línea de crédito”.
 - 2.2.4 Otras operaciones activas.
- 2.3 Operaciones Neutras. Contrato de Prestación de Servicios.
- 2.4 Otras Operaciones. Contratos especializados.
 - 2.4.1 Arrendamiento Financiero.
 - 2.4.2 Factoraje.
 - 2.4.3 Operaciones de Seguro y Fianza.
 - 2.4.4 Intermediación bursátil.

Conclusión.

1.- La contratación en general.

Los contratos que se originan en la vida cotidiana del sistema financiero no tienen ninguna diferencia esencial con las pautas de la contratación que provienen del Derecho Privado. En efecto, todos los elementos típicos del Derecho Civil (requisitos de existencia y de validez) son aplicables, así como las peculiaridades de la contratación del Derecho Mercantil, puesto que las actividades del sistema financiero comparten, por definición, la naturaleza mercantil.

La contratación en el sistema financiero añade peculiaridades que provienen de quienes los celebran. Por un lado, los clientes del sistema financiero son tanto comerciantes como civiles, por el otro lado, el contratante es una entidad jurídica sujeta a la regulación especial, por parte del Estado, de la actividad financiera a la que se dedica. Esto añade un contenido de Derecho Administrativo a los mismos.

El fin perseguido por las partes, esto es, la materia sobre la cual versan será otra característica importante que agrega un condimento a la realidad del contrato del sistema financiero. El referir a las distintas formas de la intermediación del dinero en el mercado y sus servicios anexos, será una característica que imponga modalidades a la contratación.

1.1.- Operaciones y Contratos.

El mercado de la intermediación financiera se materializa en la realización cotidiana de diversas operaciones típicas del mercado entre los intermediarios y los usuarios del sistema. Esas operaciones o quehaceres propios del sistema financiero dan origen a una

contratación. Cada operación realizada da lugar a un contrato o bien deviene de un contrato específico que regula las operaciones.

Lo anterior quiere decir que existen dos realidades de relaciones en el mundo del sistema financiero, una que llamamos “operaciones” y otra que llamamos “contratos”.

El término “operaciones” refiere a las actividades que son propias de la intermediación financiera y que describen cómo se encuentra, en el mundo de la economía, a los intermediarios y a aquellas personas que solicitan su intervención, ya sea para colocar recursos dinerarios, como para obtener éstos, como para obtener algún servicio relacionado con el dinero.

El término “Operación” refiere a la *“Realidad socioeconómica de la vida real que nace a la vida del derecho mediante la luz jurídica que le proporciona el contrato bancario.”*¹

El término “contratos” refiere a la estructura jurídica que las partes ponen para armar y desarrollar las operaciones.

Garrigues define el contrato bancario de la siguiente forma: “Todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria”.²

Por su parte Rodríguez Azuero define los contratos bancarios como: *“Acuerdo de voluntades entre dos o mas personas una de las cuales es al menos un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere el acuerdo”*.³

Si bien esta definición de diferencias es, o puede resultar, clara, en el fondo, es especialmente didáctica. En efecto, muchas veces en el lenguaje coloquial los términos son usados como sinónimos de una realidad mayor: lo que pasa entre el cliente de una entidad financiera y ésta cuando se encuentran con motivos profesionales.

Es importante pues, tener claras estas dos realidades: una cosa es la operación: es decir, lo que sucede entre entidad financiera y su cliente y otra cosa es la estructuración jurídica que las partes le dan a la operación.

En derecho civil se habla de que cuando una persona se despoja de la propiedad de un bien para dársela a otra persona que, a cambio, le está pagando una cantidad de dinero, estamos frente a una compraventa. La operación es lo que las partes desean, el contrato es la estructura jurídica que el Derecho le da a esa operación de las partes.

Hecha la aclaración puede entonces entenderse que las operaciones son el qué y los contratos son la estructura formal que lleva por contenido la operación.

De tal suerte, el término “operación” conlleva el de “contrato” y viceversa. Si una persona realiza una operación con una entidad financiera, está sujetándose a un régimen jurídico de derechos y obligaciones propios de una relación bilateral como lo es el contrato. Están surgiendo derechos y obligaciones y cargas económicas, por lo menos para una de las partes.

Cuando se celebra un contrato entre una entidad financiera y un cliente es porque una o más “operaciones” se están celebrando, o se celebrarán al amparo de dicha relación jurídica regulada por las partes y la ley, pues el término operaciones refiere a cada uno de los actos materiales que se realizan al amparo de un contrato, así depositar un cheque en

¹ BONET SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO. Contratos bancarios. Dykinson, S. L. Madrid. 1997. Página 11.

² citado por BONFANTI, MARIO A., Contratos Bancarios. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Página 30. Así como en SANTOS, VICENTE. El Contrato Bancario. Concepto Funcional. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Bilbao. Bilbao, 1972. Página 25

³ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. Contratos bancarios. Su significación en América Latina. Biblioteca Felaban. Bogotá, 1990. Página 116.

una cuenta es una “operación” hecha al amparo del contrato de depósito en cuenta corriente.

Una operación puede celebrarse sin acuerdo previo entre las partes pero su celebración supondrá necesariamente la realización de un contrato que determina los derechos y las obligaciones de las partes. Por ejemplo, una persona que acude con moneda nacional a adquirir moneda extranjera, al realizar la operación, está celebrando un contrato de compraventa de divisas, sujeto a las normas de la compraventa y a las normas que regulan el mercado de divisas en el país.

En un segundo estadio es posible que las partes celebren un contrato simultáneamente a la celebración de una operación y no sea fácil distinguir entre uno y otra. Tal es el caso de la firma de un contrato de mutuo para destinar el importe a la adquisición de una casa habitación. Al momento de celebrarse el contrato, se realiza la operación de transferencia de los recursos que cubre el mutuo.

En un tercer estadio se encuentra el caso de la celebración de un contrato sin que ninguna operación se haya celebrado aún. El ejemplo sería el de un contrato que regulara la celebración de operaciones, incluso amparadas por otros contratos, a través de medios electrónicos. Al celebrarse el contrato no ha habido ninguna operación, será hasta que se disponga un crédito abierto (otra operación, otro contrato) por conducto de un cajero permanente (Automatic Teller Machine) cuando exista una operación derivada del contrato.⁴

1.2.- El contenido de los contratos del sistema financiero.

Una definición simplista nos llevaría a la afirmación de que son los contratos contentivos de las operaciones del sistema financiero y resultaría válida como un primer acercamiento a la realidad.

Sin embargo cabe hacer una reflexión más profunda de la materia sobre la cual versan tales contratos y, en último término, las propias operaciones.

Para algunos autores, la materia típica sobre la cual versan todos los contratos del sistema financiero es el **Crédito**, entendido éste como la renuncia a un bien para atribuirlo a otra parte, difiriendo en el tiempo su restitución (la obtención de un lucro asociado no es esencial, pero es usual que acompañe a la operación). Esta noción desde luego explica todas las operaciones activas, así como todas las pasivas, puesto que la diferencia entre éstas radica tan sólo en cuál de los dos extremos de la relación jurídica se sitúe el intermediario financiero. Sin embargo, no es suficiente para explicar una gran cantidad de operaciones que se dan en el mercado financiero y que no son propiamente “crédito”.

La materia de la contratación del sistema financiero son las operaciones de intermediación, tal como ha quedado explicada y entendida en el primer capítulo del presente, así como de las diversas actividades asociadas con la misma.

En el caso concreto de las operaciones bancarias, el término “crédito” puede calificar a la mayoría de las mismas pero ciertamente no a todas. Conforme se migra a otros intermediarios el término crédito parece alejarse de la realidad que se trata de acotar.

⁴ Carlos F. Dávalos M. hace un análisis del uso del término “operaciones” que se encuentra en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito: “al hacer referencia a las operaciones de crédito, técnicamente nos estamos refiriendo a los contratos de crédito”, aunque acepta que “La precisión de que las operaciones de crédito no son, técnicamente, operaciones, sino contratos es más bien un aspecto gramatical” . DÁVALOS MEJÍA , CARLOS FELIPE. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Editorial Harla. México 1992. Página 249.

La materia de la contratación es proveída por el **principio de especialización** que rige al sistema financiero y que permite aclarar cuáles son los nichos de mercado y los objetos sociales preponderantes de los intermediarios del sistema.

En los grandes intermediarios los objetos son más o menos complejos. Así en el caso de los Bancos, su materia es la captación y la colocación, usualmente masivas y la prestación de servicios asociados. En el caso de las Casas de Bolsa se trata de una captación - colocación individualizada.

En otros participantes del Sistema Financiero, su materia está delimitada por la celebración de algún género específico de operaciones (el seguro, la fianza, el almacenaje, el arrendamiento financiero, el factoraje, etcétera).⁵

Los contratos del sistema financiero se caracterizan en primer lugar porque su materia en primera o última instancia es el **dinero**. Ello es muy claro en los depósitos, en los mutuos, en las aperturas de crédito por ejemplo, aunque un poco más en segunda instancia, en los contratos para hacer colocaciones, en las inversiones, en el contrato de seguro, en el de fianza, por citar algunos.

En segundo lugar se caracterizan porque siempre va asociado con ellos el concepto de “**riesgo**”, es decir se aúnan los conceptos de confianza y de posibilidad de quebranto. En la jerga ordinaria de los concededores de crédito se usa el término “riesgo” como sinónimo de las cantidades que son adeudadas por un cliente en un momento dado (“Los riesgos de Tuercas y Tornillos S.A. ascienden a trescientos millones de pesos”).

El tercer lugar lo ocupa el concepto “**confianza**” que rodea las operaciones y la relación entre intermediario financiero y su cliente. Por más seguridades que se pongan alrededor de la operación, siempre se tratará de una cuestión de confianza del cliente en su institución, de ésta en aquél o ambas.

Una cuarta característica está en que se trata de cubrir operaciones que son ofrecidas a un **público en general**. Refieren al catálogo de operaciones autorizadas por la ley para ser practicadas por las entidades financieras en favor del público en general. Algunas llegan a ser tan masivas que se convierten en contratos de adhesión.

Normalmente la materia sobre la que versan está regulada en una normatividad especial que los convierte en contratos típicos (Vg.. las cartas de crédito, los avíos, el contrato de seguro, la fianza, el arrendamiento financiero, el contrato de factoraje, etc.)

1.3.- Las partes en la contratación del sistema financiero.

La relación entre las partes es peculiar:

Respecto a los elementos personales de los contratos del sistema financiero debe decirse que siempre se encontrará que una de las partes que lo celebra es una entidad financiera, un profesional de la actividad de la intermediación; la otra será un particular, comerciante o no, persona física o moral, profesional o lego. En un lado estará un Banco, una Casa de Bolsa, una Almacenadora, etcétera; del otro estará el Sr. Sánchez o Tuercas y Tornillos S.A.

Esta participación de un profesional es tan significativa para caracterizar el contrato financiero que para algún autor, se trata de la diferencia específica entre un contrato mercantil común y corriente y un contrato del sistema financiero.⁶

⁵ Véase en el Capítulo 4, el apartado sobre los objetos sociales de las entidades financieras.

⁶ Véase DÁVALOS MEJÍA, CARLOS FELIPE. Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Harla. México 1992. Página 252

La personalidad del intermediario financiero hace que los contratos que celebre, así como todas sus demás actividades, sean objeto de inspección y vigilancia por parte de las autoridades a fin de revisar que se ajusten a las normas que rigen su actividad. Esta actividad regulatoria del Estado incide en dos ámbitos de la vida jurídica de un contrato: en primer término se trata de proteger la economía del país; en segundo lugar es una protección al consumidor de productos financieros.

Los contratos que celebran los intermediarios financieros están sujetos a normatividad y a supervisión de las autoridades, fundamentalmente porque la materia sobre la que versan es sujeta de dicha regulación y, por ende, quienes se dedican a ella también. Se trata de la función rectora de la economía que corresponde a las autoridades del ramo.

Las autoridades supervisan los contratos, una vez celebrados, como parte de su supervisión general, con el propósito de determinar si la actuación de las entidades que los celebraron están ajustándose a las normas regulatorias.

Las autoridades tienen también facultades de imponer algunas modalidades a las operaciones y, por tanto, a los contratos, en especial en materia de plazos, tarifas, garantías, etc. Esparcidas en la ley del Banco de México y en las legislaciones de los intermediarios están una serie de normas que facultan al banco central a imponer una serie de condiciones en operaciones, en general o referidas a un aspecto en particular, por ejemplo cuando se trata de divisas.⁷

Aun cuando no se trata de disposiciones caprichosas y se emiten como reglas de aplicación general, tal facultad de las autoridades no deja de ser una imposición que limita la voluntad de las partes.

Otra de las razones de la intervención de las autoridades en la contratación es la protección de los derechos de los usuarios del sistema. En tal sentido hay algunas normas que exigen que la Comisión supervisora apruebe los formatos de los contratos, en especial cuando se trata de operaciones que se celebran masivamente.⁸

⁷ Ley del Banco de México. Artículo 26.- *“Las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito, así como las de crédito, préstamo o reporto que celebren los intermediarios bursátiles, se ajustarán a las disposiciones que expida el Banco Central.”*

⁸ Ley de Protección y Defensa al Usuario de los Servicios Financieros. Artículo 56.- *“Como una medida de protección al Usuario, la Comisión Nacional revisará y, en su caso, propondrá modificaciones a los modelos de contratos de adhesión utilizados por las Instituciones Financieras en sus diversas operaciones, en términos de lo dispuesto por la fracción XVIII del artículo 11 de esta Ley.*

Se entenderá por contrato de adhesión, para efectos de este artículo, aquél elaborado unilateralmente por una Institución Financiera, que conste en documentos de contenido uniforme, en el que se establezcan los términos y condiciones aplicables a los servicios que presten.

Aunque la nueva Ley de Protección y Defensa del Usuario de los Servicios Financieros, creó y arrojó tal facultad a la CONDUSEF, no derogó específicamente las disposiciones que le daban tal facultad a las otras comisiones inspectoras y quienes se citan a continuación. ¿Debe entenderse como facultad duplicada o concurrente?, ¿Debe entenderse que las normas de las anteriores leyes se derogaron por “oponerse a lo dispuesto” a la nueva ley? La lógica jurídica y el principio de economía en el proceso administrativo indican que la respuesta afirmativa a la segunda pregunta es lo correcto.

Ley de Instituciones de Crédito. Artículo 118-A.- *“La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá revisar los modelos de contrato de adhesión utilizados por las instituciones de crédito.*

Para efectos de este artículo se entenderá por contrato de adhesión aquél elaborado unilateralmente por una institución, que conste en documentos de contenido uniforme en los que se establezcan los términos y condiciones aplicables a las operaciones activas que celebre la institución.

La revisión tendrá por objeto determinar que los modelos de contrato se ajusten a la presente Ley, a las disposiciones emitidas conforme a ella y a los demás ordenamientos aplicables, así como verificar que dichos instrumentos no contengan estipulaciones confusas o que no permitan a la clientela conocer claramente el alcance de las obligaciones de los contratantes.

La Comisión podrá ordenar que se modifiquen los modelos de contratos de adhesión y, en su caso, suspender su utilización hasta en tanto sean modificados.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá ordenar a las instituciones de crédito que publiquen las características de las operaciones que formalicen con contratos de adhesión, en los términos que la propia Comisión indique.”

Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros: Artículo 36-B.- *“ Los contratos de seguros en que se formalicen las operaciones de seguros que se ofrezcan al público en general como contratos de adhesión, entendidos como tales aquellos elaborados*

1.4.- Características de los contratos del sistema financiero.

Son **mercantiles**, su mercantilidad está proporcionada tanto por la personalidad de la entidad financiera que contrata que tiene el carácter de comerciante, como por la propia materia pues se trata de servicios que son ofrecidos al público en general con propósito de especulación y de lucro.

Son **consensuales**, en su gran mayoría. Algunos requieren una entrega real. Normalmente se celebran verbalmente aunque muchos se redactan por escrito para dejar huella o porque se trata de contratos de adhesión que documentan servicios ofrecidos en forma masiva a la clientela. La existencia de contratos por escrito es a veces requerida por las autoridades normadoras del sistema.

Son **onerosos**, porque usualmente suponen cargas económicas para ambas partes aunque no se excluye la posibilidad de que algunos se ofrezcan en forma gratuita al cliente como una liberalidad de la entidad financiera, especialmente cuando se trata de operaciones asociadas a una de mayor cuantía o interés económico.

Son **bilaterales**, pues normalmente se derivan obligaciones para ambas partes, aún cuando no se excluye el que eventualmente pudieran existir contratos unilaterales.

Pueden ser lo mismo **conmutativos** que **aleatorios**, ambas posibilidades se dan en estas operaciones. Algunos contratos dejan bien sentadas las bases de las obligaciones, otros quedan sujetos a diversas eventualidades.

Hay contratos **principales** y **hay contratos accesorios**. La accesoriedad en el caso de los contratos del sistema financiero no se refiere tan solo a la tradicional dualidad de contrato de crédito (principal) y contrato de garantía (accesorio). Esta realidad por supuesto que se da con gran intensidad en el sistema financiero, pero además es importante señalar que los contratos relacionados con las actividades de intermediación se asocian unos con otros. Es muy común que las entidades financieras ofrezcan sus productos a la clientela “empaquetados”, esto es, que al ofrecer una operación se ofrecen otras asociadas a la primera. Tal puede ser el caso de un cliente que abre una Cuenta Maestra y simultáneamente celebra un contrato de servicios electrónicos para poder combinar las operaciones de su cuenta maestra con la de inversión, la tarjeta de crédito, etcétera.

La regla general hace que los contratos financieros sean de **tracto sucesivo** más que instantáneos. El género de operaciones suele conllevar el transcurso del tiempo: el depósito, el mutuo, la apertura de crédito, la administración de valores, el seguro, la fianza, el

unilateralmente en formatos, por una institución de seguros y en los que se establezcan los términos y condiciones aplicables a la contratación de un seguro así como los modelos de cláusulas elaborados para ser incorporados mediante endosos adicionales a esos contratos, deberán ser registrados ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Los referidos contratos de adhesión deberán ser escritos en idioma español y con caracteres legibles a simple vista para una persona de visión normal.

La institución de seguros que solicite el registro de un contrato de adhesión deberá manifestar expresamente a qué nota técnica estará relacionada la operación del mismo.

La citada Comisión registrará los contratos señalados y, en su caso, los modelos de cláusulas adicionales independientes que cumplan los mismos requisitos, previo dictamen de que los mismos no contienen estipulaciones que se opongan a lo dispuesto por las disposiciones legales que les sean aplicables y que no establecen obligaciones o condiciones inequitativas o lesivas para contratantes, asegurados o beneficiarios de los seguros y otras operaciones a que se refieran.

La citada Comisión, dentro de un plazo de 30 días siguientes a la recepción de la documentación correspondiente, podrá negar el registro señalado cuando a su juicio, los contratos y documentos no se apeguen a lo dispuesto en este artículo y podrá ordenar las modificaciones o correcciones necesarias, prohibiendo su utilización hasta en tanto no se lleven a cabo los cambios ordenados. De no hacerlo así, se entenderá que los documentos han quedado registrados y no existirá inconveniente para su utilización.

El contrato o cláusula incorporada al mismo, celebrado por una institución de seguros sin contar con el registro de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a que se refiere este artículo es anulable, pero la acción sólo podrá ser ejercida por el contratante, asegurado o beneficiario o por sus causahabientes, contra la institución de seguros y nunca por ésta contra aquéllos.”

Véase en el capítulo correspondiente lo relativo a la protección de los Intereses del Público.

arrendamiento financiero, una caja de seguridad, el fideicomiso, la administración de un fondo de retiros, etcétera no se explican si no es con una prolongación en el tiempo.

Sin embargo hay una cantidad de transacciones que pueden agotarse en el momento de celebrarse. El cambio de moneda, el pago de servicios, algunas transferencias de fondos, las compraventas de valores, son ejemplos de operaciones que se agotan instantáneamente.

Son “**intuitu personae**” en la mayor parte de los casos, pues la relación jurídica que se establece con un intermediario financiero es una relación de confianza en principio. Ciertamente hay contratos que podrían ser cedidos una vez celebrados pero debe recordarse que una relación contractual conlleva normalmente para ambas partes, derechos y obligaciones, y si bien los primeros pueden ser cedidos sin necesidad del consentimiento del deudor, no sucede lo mismo con las obligaciones, las cuales requieren del consenso del acreedor para que opere la cesión.

Un cliente de una entidad financiera es usualmente acreedor de ésta como resultado de una contratación y podría oponerse a la cesión del contrato con ese fundamento.

Es usual que en los contratos del mercado financiero se incluyan cláusulas que regulen la posibilidad o imposibilidad de que una parte ceda la relación jurídica íntegra derivada del contrato o específicamente los derechos o las obligaciones. En tales casos desde luego, la característica de ser intuitu personae desaparece y habrá que estar a lo dispuesto por el contrato. Algún tipo de cesiones en masa o en bloque está prohibido por la legislación.⁹

Es significativo que al regularse las fusiones de las entidades financieras se dispone que los acreedores insatisfechos con las mismas puedan oponerse para el solo efecto de cobrar su crédito. La norma tiende a facilitar los procesos de las fusiones de modo que la voluntad de acreedores no obstaculice su culminación, aunque también supone que el crédito del cliente es preferente y se le da la oportunidad de hacerlo efectivo si no desea que su deudor se convierta en otro.

Suele darse con mucha frecuencia el que se trate de contratos de **adhesión**, especialmente cuando se trata de servicios y operaciones que son ofrecidos en forma estandarizada al gran público (cuentas de cheques, cuentas de ahorros, seguros de vida, fianzas de fidelidad, depósito en almacenes, etcétera) o que requieran un especial despliegue o soporte tecnológico que impida el diseño de trajes a la medida (tarjetas de crédito, operaciones de transferencias, etcétera.)

Son **típicos o nominados** en su mayor parte pues las legislaciones correspondientes establecen la naturaleza, características y demás elementos de cada figura. Ello no impide el que puedan celebrarse contratos atípicos producto de las necesidades de la clientela y de la ingeniería financiera que se despliega conforme se van enfrentando situaciones, clientes o necesidades más complejas.

Por último, cabrá decir que la contratación del sistema financiero será una contratación hecha de **buena fe**, queriendo explicar con ello que las partes están sujetas a conducirse y a ejecutar los contratos como desearon hacerlos y con el propósito de que las finalidades perseguidas en cada operación se alcancen en sus términos. Esta característica de actuar de buena fe supone una actuación con lealtad a la otra parte (no ejecutar maniobras que dificulten el cumplimiento de la otra parte, actuar para cumplir las

⁹ Véase por ejemplo la prohibición de ceder cartera si no es con determinados requisito que priva para las instituciones de crédito, en su artículo 93 de su ley.

obligaciones) así como un deber de cooperación con la contraparte para que ésta pueda cumplir sus obligaciones.¹⁰

2.- La contratación en particular.

En esta sección se analizarán los contratos género que se utilizan en el sistema financiero mexicano y que muestran la existencia de uno de esos comunes denominadores cuya existencia forma parte de la hipótesis planteada en el presente trabajo en el sentido de que hay instituciones que aglutinan la actividad del Sistema Financiero Mexicano.

Tales contratos corresponden al género de operaciones a que se constriñe la intermediación financiera. En primer lugar se verá el género de contratos con los cuales se celebran las operaciones pasivas, es decir las que representan uno de los dos brazos de la intermediación: el que refiere a la captación y gracias al cual la entidad financiera que lo recibe se convierte en deudor de su clientela. Seguidamente habrá de analizarse la operación típica de colocación de los recursos, es decir las operaciones activas en las que el intermediario financiero se convierte en acreedor de su cliente. En tercer sitio se analizará el género de operaciones que refieren a la prestación de un servicio y que por estar fuera de ambos brazos de intermediación han sido designadas como neutras.¹¹

La actividad financiera no se agota en esos tres grandes géneros, sino que ha añadido al mundo del derecho algunas figuras jurídicas típicas y propias de su actividad, esas se presentan englobadas en el rubro de “Contratos especiales”.

El siguiente género de contratación está relacionado con las operaciones de garantía, género al que el sistema financiero mexicano contribuye con algunas figuras típicas de él que habrán de analizarse.

Por último habrá que pensar que las operaciones del sistema financiero mexicano se vienen celebrando en una proporción singular por medios electrónicos y eso presenta un nuevo género de contratación de importante análisis y precisión.

2.1.- Operaciones Pasivas. Contrato de depósito.

El primer género de contratos que se encuentra en el sistema financiero mexicano son aquellos que refieren al primer brazo de la intermediación, es decir, los que documentan las operaciones por medio de las cuales los intermediarios financieros se hacen de recursos del público, captando lo que puede llamarse el ahorro del mismo.

Esta es la labor de captación que usualmente se complementa con préstamos, créditos, emisiones y operaciones específicas de acuerdo a la particular legislación de cada uno de los intermediarios financieros.¹²

¹⁰ Un desarrollo de las obligaciones de lealtad y de cooperación derivadas de la buena fe puede verse en : WEIL , ALEX; TERRÉ , FRANÇOIS. Droit Civil. Éditions Dalloz. Paris 1986.

¹¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN. Derecho Bancario. Editorial Porrúa. México 1964. Página 34.

¹² Como ejemplo se transcribe la norma relativa a las instituciones de crédito:

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;*

Este primer género está representado por la figura básica de los contratos de depósito.

Las operaciones cubiertas por esta realidad que normalmente se documenta en un contrato de depósito, arrancan de diversas necesidades del cliente del sistema financiero. Estas necesidades son analizadas por Keynes¹³ quien las agrupa en tres clases:

- a) El dinero que se recibe y que está destinado a gastarse en breve (*income deposits*). Es el caso típico del que recibe un ingreso por su sueldo y lo deposita (o lo recibe precisamente por el depósito que hace quien se lo paga) para, a partir de dicho depósito, ir disponiendo de él en corto plazo.
- b) El dinero que se destina a acrecentar el patrimonio (*saving deposits*). Este es el típico caso de ahorro, dinero que se guarda con un fin de ser conservado e incrementado en un plazo donde la disponibilidad no es la primera necesidad.
- c) El dinero que se destina a hacer servicio de caja (*business deposits*). Estos son los fondos usados por una empresa (ya sea persona física o moral) para cubrir sus cotidianas necesidades de flujo de efectivo. Normalmente opera como un fondo revolvente.
- d) Una cuarta clase, no contemplada por Keynes, pero es una categoría específica y diversa de necesidades que debe ser tomada en cuenta. Se trata del dinero que se destina a un fin específico. (depósitos de afectación) como podría ser el caso del dinero que se recibe para adquirir un bien determinado y se guarda entre que se obtiene y se tiene que hacer el desembolso, o bien de un depósito condicional para concluir una operación. Los depósitos que llevan por fin capitalizar una cantidad entrarían en esta categoría.

2.1.1.- El Depósito Regular .

El depósito tiene en su esencia la entrega de una cosa para que ésta sea conservada y devuelta en un momento dado o a requerimiento del depositante. Entrega, guarda y devolución son partes esenciales y naturales del contrato.

La entrega requiere ser una entrega física, por eso algunos doctrinistas y algunas legislaciones en consecuencia, llaman al contrato de depósito un contrato real.

El propósito del contrato supone que los bienes sean recibidos y conservados. En este sentido de conservación se ubican los contratos típicos de guarda de cosas en los que la entidad financiera facilita sus locales con altos niveles de seguridad para que las cosas depositadas se mantengan seguras. Sin embargo, en el caso de algunas operaciones del sistema financiero mexicano el depósito se puede combinar con una necesidad de administración de los bienes objeto del depósito. Tal es el caso de los depósitos en administración en donde la entidad financiera no sólo hace la labor de guardián sino que añade obligaciones relacionadas con una actividad de administración. Este tipo de depósitos ligado a la administración tiene una especial relevancia en el mercado de valores pues el contrato típico de las entidades que operan en dicho mercado, recibiendo dinero o títulos y prestando una labor profesional de administración de los mismos. El énfasis sin embargo, en estos casos está en la administración más que en el depósito.

Los depósitos regulares más que ser uno de los contratos que se dan en el llamado primer brazo de la intermediación (la captación de recursos) es más bien un servicio que se

¹³ Citado en BONFANTI, MARIO A. Contratos Bancarios. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993. Página 134.

presta a la clientela y que debe ubicarse más en las llamadas operaciones neutras o de servicio.

Un depósito regular especialmente usado por el sistema financiero para hacer labor de intermediación es el constituido en Almacenes Generales de Depósito. Se trata de un contrato de depósito de bienes alrededor del cual se pueden practicar otras operaciones de intermediación, por ejemplo el emitir el certificado de depósito que es un título autónomo que permite comerciar la mercancía sin que ésta se mueva de donde está depositada. El certificado de depósito puede emitirse con bono de prenda a fin de que el depositante pueda obtener créditos y garantizarlos con las mercancías de su propiedad depositadas.

La propia empresa almacenadora puede otorgar créditos con garantía de los bienes depositados en sus bodegas o en bodegas habilitadas para tal efecto. Como más adelante se explica (*infra* operaciones neutras) la labor de las Almacenadoras se completa brindando servicios de valuación, certificación e incluso de transformación (por ejemplo empaquetado) comercialización y transportación de las mercancías materias del depósito.¹⁴

2.1.2.- El Depósito Irregular.

La doctrina conoce la diferencia del depósito regular con el designado como “irregular” que se caracteriza por la circunstancia de que el depositario hace propia la cosa depositada, opera sobre bienes fungibles, en este caso dinero, obligando al depositario a devolver bienes de la misma especie y calidad.

Aunque existen diferencias, sobre todo en lo que es la causa del contrato, la estructura de esta figura es prácticamente la misma del mutuo, convirtiéndose en el instrumento adecuado para documentar una gran cantidad de operaciones de captación de las entidades financieras.

El primer elemento constitutivo de este contrato es la **entrega** de la cosa puesta en depósito, pues al tratarse de géneros, es menester la individualización de la materia del contrato. Esta entrega debe cumplirse ordinariamente de forma física, manera tradicional del depósito, es decir entregando los billetes, monedas o títulos, al depositario. Sin embargo, el depósito se hace también a través de otros medios que algunos podrían llamar “virtuales” pero que constituyen verdaderas entregas, tal es el caso de los depósitos que se hacen en virtud de una transferencia que proviene de un cargo a otra cuenta, de una orden de pago, en suma de una transferencia de un crédito o un débito. No se trata exactamente de operaciones “virtuales” puesto que el dinero se ha transformado hoy en un dato informático, de modo que el mensaje de datos que supone una transferencia es un movimiento de dinero y entonces la entrega ya no es virtual, sino real.

El segundo elemento es la **apropiación** por parte del depositario de los bienes puestos en depósitos. Esto obedece a la naturaleza fungible del dinero y a la función típica que desempeña la intermediación. Ésta no se explicaría si los depósitos del público inversionista fueren regulares. La entidad financiera depositaria recibe los recursos y los incorpora al torrente circulatorio de sus activos a fin de ser empleados en los procesos normales de su actividad: típicamente las operaciones de colocación, segundo brazo de la intermediación.

Como tercer elemento se encuentra la **devolución** de los bienes depositados. A este respecto cabe decir que las formas de restitución del depósito, por cuanto toca al tiempo de duración del mismo pueden ser: a la vista, si los bienes se devuelven en cualquier momento

¹⁴ Véanse artículos 11 y siguientes de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

que lo solicite el depositante; a plazo, en caso de que se haya fijado un término de duración al mismo (aquí deben incluirse los depósitos llamados “en días preestablecidos” consistentes en que los retiros se pueden hacer por ejemplo “los martes”, “los días 10”, etcétera) y previo aviso, que requieren una notificación a partir de la cual corre un plazo al fin del cual se puede hacer un retiro.

Las dos últimas formas de manejo de los retiros tienen su justificación en el uso de los recursos que la institución debe hacer. En efecto, en virtud del fenómeno de la intermediación, los recursos con que cuenta una institución de crédito deben estar invertidos en diversos activos (créditos) de suerte que proveen de lo que se llama “fondeo” de las operaciones activas, es decir, los créditos y operaciones activas que celebra una entidad financiera tienen “en espejo” los recursos obtenidos para realizarlas. Un retiro desmedido o no programado de los fondos depositados podría producir dejar sin soporte a las operaciones activas.

Ahora bien, las herramientas que el público depositante tiene para disponer de los recursos dados en depósito son variadas: original y tradicionalmente esas herramientas habían sido los cheques, las libretas de ahorro y los recibos expofeso. El avance de las necesidades de la clientela y la tecnología han desarrollado una enorme variedad de opciones: instrucciones de cargo automático periódico, cargo de diversos productos y servicios, transferencias hechas por medios electrónicos (teléfono, computadora y módem, Internet, etcétera), transferencias de créditos y débitos, uso de plásticos con bandas magnéticas y Números de Identificación Personal, instrucciones verbales, telefónicas, por medios facsimilares, por el uso de Firma Electrónica Avanzada, por medios electrónicos. La lista puede ser interminable pero revela una de las evoluciones más aceleradas en el mundo del sistema financiero.

El uso de esos medios de disposición detona una serie de circunstancias jurídicas que requieren su regulación especial, esta regulación se da fundamentalmente por tres caminos básicos: a) a través de la ley, b) a través de normatividad de las autoridades reguladoras y c) a través de los contratos de servicios que el público celebra con las entidades financieras. Esta regulación ha hecho más compleja la operación de los contratos básicos de depósito, pero si bien el aspecto jurídico, así como el organizativo, administrativo y tecnológico de las entidades, son sumamente complejos, el servicio que recibe la clientela es mejor y más amplio.¹⁵

El cuarto elemento es el **pago de un rendimiento**. Este no es un elemento esencial para los contratos de depósito pues existen algunas clases de depósito en donde las sumas o valores depositados no generan para el depositante ninguna utilidad. Para dicho depositario la utilidad está representada por el servicio que recibe de la institución, por ejemplo, en una cuenta de cheques sin pago de rendimiento, recibe el servicio de guarda y custodia de su dinero, el servicio de contar con un talonario de cheques y la operación de los mismos, estas seguridad y servicio son de alguna manera la “retribución” que el depositante espera. Tan son importantes y forman parte del contenido obligacional del contrato que una deficiencia seria de la institución bancaria que los presta podría acarrear a ésta la exigencia de responsabilidades.

¹⁵ En el capítulo correspondiente se trata lo relativo a la contratación por medios electrónicos que se ha convertido en la forma rutinaria de operar.

Los rendimientos e intereses que generan los depósitos son regulados por tres fuerzas fundamentales: una es la normatividad de las autoridades reguladoras, otra es la determinación del mercado y la tercera es el costo de operación.

En efecto, las autoridades reguladoras, especialmente la Banca Central tiene la facultad de regular los rendimientos y la forma de pagarse éstos; por otro lado, el mercado va determinando cuáles son los depósitos que pueden generar rendimientos más atractivos dependiendo normalmente a ecuaciones directa o inversamente proporcionales: a mayor monto mayor rendimiento; a mayor plazo mayor o menor rendimiento según los avatares de la economía.

El mercado también va imponiendo condiciones a los productos que ofrecen las instituciones depositarias, si el público rechaza instrumentos de inversión independientemente de la ingeniería financiera que conlleven, las instituciones financieras deberán retirarlos del mercado. La competencia entre los diversos jugadores en este terreno es un elemento más del mercado que impone condiciones a la fijación de los montos y formas de retribuir a los depositantes.

Los costos de operación suponen no solamente lo que estrictamente es un costo: ¿cuánto cuesta para una institución depositaria el proporcionar una libreta, unos esqueletos, un plástico, el operar sistemas electrónicos de respaldo, tener provistas de dinero las cajas permanentes, etcétera?, sino también la relación que guardan estas llamadas “tasas pasivas” con las “activas” (las que se cobran por los créditos que se conceden) pues entre ambas existe una relación indisoluble: como menos le cueste a la institución obtener el dinero, más barato podrá ofrecerlo al mercado.

Se ha dado en crear un nuevo tipo de retribución al depositante a través de una serie de estímulos: el ofrecer premios por cada determinado monto de pesos con que la cuenta se incrementa, o boletos para la rifa de determinados bienes, o puntos que se acumulan por el uso de la cuenta de depósito (aumento de saldos y permanencia de los mismos) que pueden ser canjeados por una serie de bienes o efectivo.

En algún tiempo este tipo de ofertas estuvo prohibido por las autoridades reguladoras con miras a mantener “seriedad” en el negocio financiero y mantener a éste en su carril específico sin que se viera contaminado por prácticas mercantiles comunes. La realidad se ha impuesto y tales recompensas a los depositantes han tomado carta de naturalización.

Lo usual es que se trate de declaraciones unilaterales de la voluntad de parte de las instituciones depositarias, pues ninguna obedece a pactos contractuales (sin descartar la posibilidad de que puedan pactarse por ese medio) sino a ofertas unilaterales que, desde luego, son vinculatorias y dan al depositante una acción para exigir al depositario lo que le ha prometido a través de la campaña publicitaria y al programa de estímulos.

Muchos de estos contratos suelen conllevar un pacto de **capitalización** de los intereses, de tal manera que los réditos generados se suman al capital para generar nuevos intereses.

2.1.3.- Modalidades de los contratos de depósito.

Las operaciones que se celebran al amparo de un contrato de depósito obedecen a las necesidades específicas de los contratantes y por ello han generado una gran cantidad de variantes que el derecho debe reconocer y resolver.

La primera modalidad depende de la revolvencia en el uso de los recursos depositados. Así hay depósitos **simples** y depósitos en **cuenta corriente**. Son simples aquellos que se constituyen por una sola vez y su monto no puede recibir disminuciones o incrementos durante su vida; si producen rendimientos, estos suelen ser pagados durante la vida del depósito o al final del mismo (por ejemplo: pago mensual de rendimientos o pago una sola vez al final). En cuenta corriente son aquellos que permiten al depositario usar de los fondos y reintegrarlos o incrementarlos durante la vida del contrato, la cuenta de cheques (o el contrato de cheques para decirlo con más técnica) es un ejemplo de esto. En esta cuenta corriente es usual el pactar que los intereses que generen las cantidades depositadas se capitalizarán cada vez que se produzcan lo cual produce el efecto de incrementar el monto del depósito.

Por el número de sujetos que contratan con la institución y la especial relación jurídica que éstos guarden entre sí y ambos con la institución, los depósitos pueden ser **individuales** o **conjuntos**. Son individuales aquellos en los que el depositante es único, ya sea persona física o persona moral, aunque en éste último caso se pueda designar a varios apoderados para que hagan disposiciones compareciendo varios de ellos.

Son conjuntas aquellas operaciones en los que los depositantes son varias entidades jurídicas (personas físicas o morales). Este género de cuentas conjuntas se subdivide en dos especies: las simplemente mancomunadas que obedecen al mismo concepto que es conocido por la Teoría de las Obligaciones y que supone que frente al depositario deben presentarse todos los que integran la parte depositante manifestando su voluntad para cualquier acto relacionado con la cuenta (apertura, disposiciones, clausura).

La segunda de las especies de las cuentas conjuntas son las cuentas en los que los depositantes son plurales y acuden frente al depositario en forma solidaria. Esto significa que cualquiera de los sujetos (personas físicas o morales) componentes de la fórmula de contratación puede entenderse con la entidad financiera para cualquier acto que se derive de la operación de la cuenta, ya sea disposición o clausura.

La práctica en todo el mundo ha designado a las primeras operaciones como las cuentas “y”, mientras que a las segundas las ha designado como las cuentas “y/o”.

Por supuesto que cuando existe una cuenta conjunta, ya sea de una clase o de la otra, siempre existirá entre los integrantes de la parte depositante una relación subyacente que rige entre ellos con independencia del depositario. Puede ser que ambos sean dueños del monto depositado en las proporciones que sólo ellos saben, puede ser que uno sea el dueño y el otro pretende ser un “apoderado”, o un “beneficiario para después de la muerte”, o un socio, o un empleado. Las posibilidades son enormes pero no afectan la estructura de su relación con la entidad depositaria.

La anterior situación de las cuentas conjuntas, con una relación subyacente entre los cuentahabientes que es desconocida para el depositario, se da en forma similar cuando una cuenta es abierta a nombre de alguna(s) persona(s) pero en realidad se pretende que la propiedad pertenezca a otro. Tal es el caso de cuentas abiertas a nombre de una persona que está haciendo una gratuidad para otra, por ejemplo un padrino que abre una cuenta de ahorro para un ahijado menor de edad quien a lo mejor no tiene ni idea de la existencia de la misma; otro ejemplo es el de las cuentas que se abren en favor de un grupo que carece de personalidad jurídica, por ejemplo, los padres de familia de un grupo escolar o los componentes de una generación de alumnos que se prepara a graduarse y junta sus recursos. En estos casos el depositario trata legalmente con las personas que aparecieron

como clientes independientemente de las relaciones que tengan con los otros sujetos involucrados.

De acuerdo al hecho de que la cuenta tenga una disposición para después de la muerte del titular o no se pueden clasificar las cuentas de depósito en **cuentas con beneficiario** y **cuentas sin beneficiario**.

La legislación de la banca y del mercado de valores¹⁶ siempre han defendido la posibilidad de proveer cuentas que pasen a ser propiedad de terceros cuando los depositantes fallecen, sobre la base que están dando una instrucción al depositario y que se trata de operaciones típicamente mercantiles. En contra de esa opinión ha habido una corriente de pensamiento en el sentido de que una disposición para después de la muerte es una disposición testamentaria y esa debe regirse no por el derecho mercantil sino por el más puro derecho civil, aplicándose las disposiciones que sobre el particular establezcan los códigos civiles de las diversas entidades federativas.

La discusión permanece viva, las instituciones de crédito honran siempre la designación de beneficiario independientemente de la posible existencia de una disposición o norma sucesoria (testamento o norma para las sucesiones intestadas).

Las normas en cuestión establecen que a la muerte del titular, el banco o la casa de bolsa podrán entregar sin problemas al beneficiario el monto de la cuenta siempre que no excede de algunos parámetros, cuando estos parámetro son excedidos, el exceso debe ser manejado de acuerdo a la legislación común (i.e. la sucesoria). Esta norma existió en la antigua Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, pero con una razón específica: el entonces existente Impuesto sobre Herencias y Legados que declaraba exentas de tal impuesto algunas sumas hasta un monto determinado. Desaparecido el impuesto citado, no parece haber ninguna justificación legal para respaldar el que los bancos deban entregar los depósitos al beneficiario sólo hasta determinado importe después del cual debe aplicarse la legislación sucesoria. Si la legislación bancaria debe prevalecer sobre la legislación común en esta materia ¿por qué establecer un límite de monto?, y si no es correcta su aplicación, ¿Por qué entregar un monto (aunque sea pequeño) a los beneficiarios?

El tópico es digno de discusión y reflexión, posiblemente la jurisprudencia podría hacerse cargo del mismo. Al parecer la debida legitimidad de la designación de beneficiario en los depósitos bancarios y su aceptación por parte de las instituciones de crédito, ha tomado carta de naturalización y todo el mundo parece estar conforme con ello.

De acuerdo a la moneda en la cual el depósito está hecho, estas operaciones pueden clasificarse en depósitos en **Moneda Nacional** o en **Moneda Extranjera**. Esta separación que parece ser sumamente sencilla tuvo históricamente una dificultad que ha impregnado su operación. La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que los depósitos irregulares deban ser devueltos precisamente en la moneda (especie) en que fueron hechos¹⁷. Cuando la crisis económica de 1982, el jefe del Ejecutivo prohibió la devolución de los depósitos en dólares en dicha moneda, estableciendo un tipo de cambio ad hoc (en el lenguaje popular se conocieron como “mexdólares”) al amparo del artículo 8° de la Ley Monetaria que dispone que las obligaciones contraídas en moneda extranjera para ser

¹⁶ Véanse los artículos 56 de la Ley de Instituciones de Crédito y 201 de la Ley del Mercado de Valores.

¹⁷ Artículo 267.- *El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.*

cumplidas en México podrían solventarse entregando moneda nacional al tipo de cambio vigente el día del pago.

Muchos depositantes lo aceptaron, pero no hubo ninguno que perdiera el juicio de amparo de entre aquellos que no aceptaron la conversión y recurrieron a la justicia federal. El argumento básico fue la validez de la norma legal relativa al depósito irregular en moneda extranjera. Una reforma posterior a la Ley Monetaria mantiene el espíritu de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 267) pidiendo que la obligación de la devolución en la misma especie extranjera sea expresa y dejando un margen a la posible legislación sobre control de cambios.¹⁸

Las operaciones financieras pasivas en moneda extranjera se han limitado sin embargo a sólo algunas operaciones y a algunas regiones del país (empresas que operan en la zona fronteriza). La decisión de autorizar estos depósitos conlleva la política monetaria y cambiaria del Banco Central, así como la obligación que los intermediarios tengan de mantener un “coeficiente de liquidez” por las operaciones de depósitos recibidos en divisas.

2.1.4.- Obligaciones adicionales.

En los contratos de depósito se suelen pactar una serie de obligaciones adicionales que no forman parte de la esencia del contrato de depósito pero que le acompañan frecuentemente.

Una de ellas es el **no sobregiro**, un depositante no puede disponer más de lo que tiene y si usa alguno de los instrumentos de disposición cuando no tiene recursos que disponer estará cometiendo un ilícito que puede llegar a ser delictivo: libramiento de cheque sin fondos, fraude asimilado, etcétera y, para la institución el operar en descubierto. En ocasiones se suele “empaquetar” algunos productos de este tipo con una apertura de crédito para que con disposiciones a cargo de ésta se cubran los faltantes y así no se de el ilícito.

Algunas de las obligaciones adicionales suelen provenir del **uso de los medios acordados** para hacer las disposiciones, especialmente cuando estas se realizan por medios electrónicos, el uso de tales medios supone en ocasiones la celebración de un contrato normativo ad hoc que impone a las partes, especialmente a los usuarios (depositantes) la obligación de conducirse de tal o cual manera para obtener la disposición de sus recursos, y al depositario, la de devolver u honrar las instrucciones que recibe cuando se aplican determinados procesos automatizados.

Otra de las obligaciones adicionales que suelen existir es la relativa al pago de algunas **comisiones** por la realización de determinados eventos relacionados con la operación de la cuenta: por ejemplo: librar sin provisión de fondos, hacer disposiciones en un número superior a uno establecido, hacer más de determinadas consultas en un período de tiempo sobre los saldos o movimientos existentes, por hacer determinados pagos, etcétera.

Todas estas obligaciones adicionales deben de constar claramente en los documentos que regulan la operación: contrato, condiciones generales de manejo, etcétera.

¹⁸ Ley Monetaria. Artículo 8 (último párrafo).- *“Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el “Diario Oficial” de la Federación; ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.”*

Jurídicamente son típicas cláusulas accidentales que acompañan a la esencia de la operación.

2.2.- Operaciones Activas.-

El segundo brazo de la intermediación, consistente en la colocación de recursos en la clientela que tiene necesidad de hacerse de recursos dinerarios genera una enorme variedad de operaciones de crédito que en su mayoría se engloban dentro del tipo de contrato que es la “apertura de crédito”.¹⁹ Sin embargo hay otras figuras jurídicas empleadas para la colocación que también son importantes.

2.2.1.- El Préstamo.

Ciertamente existen, en este lado de la intermediación, algunas operaciones que caen en el género de “Préstamo” y, en algunas raras ocasiones, en el “mutuo”. Raras porque las operaciones de mutuo son típicas de una actividad civil mientras que su equivalente mercantil es el “Préstamo”, sin embargo, histórica y erróneamente, algunas entidades financieras han documentado algunas de sus operaciones bajo tal rubro, en especial, algún tipo de operaciones para la adquisición de viviendas.

Las características generales del Préstamo consisten en que la institución financiera entrega una suma de dinero al cliente prestatario que se obliga a devolverla en un determinado plazo pudiendo, o no, generar intereses que se pagarán, en caso de que sí se generen, a descuento con la suma entregada, o periódicamente durante el plazo, o al finalizar éste, junto con el principal. Broseta lo define así “*Contrato por el que el Banco entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien la recibe a restituir otro tanto de la misma especie y calidad en la época convenida*”²⁰

El Código de Comercio regula esta especie sin hacer definiciones, asumiendo que ésta es conocida:

Artículo 358.- Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes.

Artículo 359.- Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador.

(El resto del artículo regula el préstamo cuando se hace sobre títulos o valores y en especie).

Las elementos de este contrato son pues: la entrega que puede hacerse físicamente o a través de mecanismos de depósito en cuenta o transferencias y, posteriormente y como contrapartida, la devolución. La generación y el pago de intereses suelen ser normales aunque no esenciales a la figura.

¹⁹ Dice EDUARDO TRIGUEROS: “*La apertura de crédito tiene por objeto económico esencial poner al cliente en posibilidad de adquirir dentro de un término y en condiciones prefijadas, una suma de dinero...*”. TRIGUEROS, EDUARDO. La Apertura de Crédito en Bancos. Banco Nacional de México, S.A. México 1939. Página 15

²⁰ Citado por BONET SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO. Contratos Bancarios. Cien preguntas clave y sus respuestas. Dykinson S.L. Madrid 1997. Página 119

Al amparo de esta figura de Préstamo se realizan diversas operaciones tales como los llamados directos o quirografarios y los llamados préstamos personales. Estas figuras se utilizan normalmente para la atención de necesidades de recursos de corto plazo. En algún tiempo algunos tribunales sostuvieron la ilicitud de celebrar este tipo de operaciones basados en una interpretación errónea hecha a la prohibición de operar en descubierto (Artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito), sin embargo, la Corte resolvió, vía Contradicción de Tesis, la licitud de tales operaciones.²¹

2.2.2.- La Apertura de Crédito.

El género de operaciones que domina el terreno de la colocación es el contrato de **Apertura de Crédito** que muestra algunas diferencias importantes con el Préstamo o Mutuo.

Algunos autores²² llegan a afirmar que la naturaleza de la Apertura de Crédito es la de ser un “mutuo evolucionado” pues lo conciben como una sofisticación de éste. Para otros más, la Apertura de Crédito no es sino un contrato preparatorio de un contrato de préstamo que se realizará posteriormente.²³ Para otros más, se trata de un contrato de préstamo sujeto a condición consistente en que se den una serie de supuestos operativos. Todas estas explicaciones pueden ser útiles para tratar de centrar la realidad a la que se refiere pero ninguna explica la totalidad de ésta, que permite que se configure como una auténtica e independiente.²⁴

Al amparo de esta figura genérica, los intermediarios autorizados para conceder crédito realizan diversas operaciones: créditos simples, en cuenta corriente, de habilitación o avío, refaccionarios, hipotecarios, adquisición de bienes de consumo duradero, hipotecarios industriales, disponibles mediante descuentos, para cubrir sobregiros, con garantía prendaria, para cubrir compras de giros, créditos comerciales, etcétera.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define la figura así:

Artículo 291.- En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante 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, gastos y comisiones que se estipulen.

²¹ Véase la decisión (tomada en septiembre de 1999) de la Primera Sala de la Corte a la contradicción 24/97.

²² Es el caso de MOLLE, G. autor de I contratti bancari, según es citado por BONFANTI, MARIO A. Contratos Bancarios. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993. Página 150.

²³ “L’ouverture de crédit est la promesse du banquier de consentir à une opération de crédit déterminée. Le crédit est promis, il n’est pas encore accordé, mais il le sera si le client le demande... La doctrine y voit un contrat sui generis, une “promesse” qui a un objet spécial: le crédit à consentir” (La apertura de crédito es la promesa del banquero de consentir en una operación de crédito determinada. El crédito está prometido, todavía no se otorga, pero lo será si el cliente lo pide... La doctrina ve aquí un contrato sui generis, una promesa que tiene un objeto especial: el crédito que se consentirá - traducción libre del autor -) RIVES-LANGES, JEAN-LOUIS, CONTAMINE-RAYNAUD, MONIQUE. Droit Bancaire. Éditions Dalloz. Paris, 1995. Página 445.

En ese mismo sentido se expresa Garrigues: “En este contrato, la promesa de conceder crédito engendra en favor del acreditado la facultad de obtener medios de Pago” GARRIGUES, JOAQUÍN. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., Pág 167.

²⁴ Los tratadistas coinciden en que es un contrato que produce un doble orden de efectos: El primero que consiste en el traspaso de una suma a disposición del acreditado y, el segundo, la efectuación de una o más retiradas. Véase MESSINEO, FRANCESCO. Operaciones de Bolsa y Banca., Beach, Casa Editorial, Barcelona, Pág. 321).

El primer elemento de la Apertura de Crédito consiste en el hecho de **poner a disposición**, el acreditante, al acreditado, una suma de dinero o la posibilidad de asumir una obligación. Esta es la gran diferencia con las figuras del Mutuo y del Préstamo, mientras que en éstas la entrega del bien materia del contrato es un elemento esencial, en la apertura de crédito basta la puesta a disposición de la misma sin que sea menester que el acreditado la retire y disponga de ella, pues algunos derechos y obligaciones (verbigracia: la causación de comisiones, el pago de pena convencional por no disponer, la obligación de cumplir algunas obligaciones de hacer o no hacer en la empresa acreditada, etcétera) nacen ya con la simple apertura y puesta a disposición. No es pues un contrato “real”, sino “consensual” en el sentido que no requiere una entrega de cosa alguna sino que basta el acuerdo de voluntades para que nazca.

El segundo elemento es una **suma de dinero**. Se trata de obligaciones que deben ser cumplidas en “dinero” (tanto la entrega como la devolución) y por ello debe aplicarse a las mismas la tesis nominalista que mantiene el sistema monetario mexicano.²⁵, de modo que las obligaciones se cumplan pagando el mismo número de unidades monetarias que se pactaron, independientemente de la alteración de valor que hayan tenido. Cuando la apertura consiste en una asunción de obligaciones, dicha obligación se toma necesariamente por una suma de dinero, de modo que aún cuando la norma positiva da como alternativos dichos elementos (suma de dinero y asunción de obligación) se traducen ambas en último término en una suma de dinero.

En la expresión “suma de dinero” deben quedar comprendidas las Unidades de Inversión (UDIs).²⁶

No forma parte esencial del contrato el que el **monto** esté determinado en el momento de celebrarse, éste puede ser fijado: como resultado de alguna eventualidad futura (por ejemplo: “ el 80% del precio que tengan dentro de 5 meses 800 toneladas de arroz de primera clase”), por mutuo acuerdo, o porque tal facultad se arrogue a una de las partes.²⁷

En cuanto a la modalidad de asunción de obligaciones, ésta suele hacerse tradicionalmente mediante el otorgamiento de un aval o la aceptación de una letra de cambio, o bien mediante el establecimiento de una carta de crédito de las llamadas en la práctica internacional “*Stand by*”.

Aún no siendo un elemento esencial de existencia, la **disposición** y la correspondiente **entrega** es un elemento natural del contrato. El contrato supone como forma natural, la obligación tanto del acreditante de permitir la disposición, como del acreditado de hacer ésta, suponiendo (en virtud del pacto sinalagmático) el derecho del acreditado de retirar el dinero y el derecho del acreditante a que éste sea dispuesto. Las partes pueden pactar algunas variantes a esta bilateralidad, por ejemplo dejando al acreditado la facultad de disponer o no, a su juicio, de los recursos.

La disposición y la consecuente entrega pueden tomar diversas formas:

²⁵ Ley Monetaria: Artículo 7.-“ Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2.”

²⁶ Publicación en el Diario Oficial de 1º de abril de 1995: “ *Artículo PRIMERO.- Las obligaciones de pago de sumas en moneda nacional convenidas en las operaciones financieras que celebren los correspondientes intermediarios, las contenidas en títulos de crédito, salvo en cheques y, en general, las pactadas en contratos mercantiles o en otros actos de comercio, podrán denominarse en una unidad de cuenta, llamada Unidad de Inversión, cuyo valor en pesos para cada día publicará periódicamente el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación.*

Las obligaciones denominadas en unidades inversión se considerarán de monto determinado.”

²⁷ Véanse artículos 292 a 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

- una sola entrega del total del importe. Esta modalidad, especialmente cuando se da al momento de la celebración del contrato, ha llevado a algunos a desvirtuar la naturaleza de la apertura de crédito y afirmar que no constituye sino un préstamo. Ciertamente la conducta de las partes y los hechos que se derivan son similares, pero eso no debe variar la esencia de lo que las partes han deseado celebrar. Si se quiso poner a disposición y que la entrega fuera total y simultánea eso no cambia la esencia del contrato.

- varias entregas. Esta es la forma más usual y puede tener diversas submodalidades: conforme a un calendario pre-establecido, conforme se den determinadas circunstancias previamente previstas, conforme la mera voluntad de una de las partes, conforme una serie de plazos, etcétera. Aquí la voluntad de las partes, y más que la voluntad, las necesidades de financiamiento de la empresa acreditada son las que determinan la forma de entrega de los recursos. Dentro de esta variante se dan los casos de cuenta corriente (llamado en lenguaje común: revolvencia) mediante el cual se permiten pagos y abonos de modo que se puede volver a disponer de lo pagado.

Dentro de esta modalidad está el caso de la tarjeta de crédito la cual tiene como peculiaridad el que la forma de disponer se haga usando la tarjeta en los negocios afiliados o en los cajeros permanentes. La operación de las aperturas de crédito disponibles con tarjeta requiere una infraestructura material y jurídica peculiar pues incluye una serie de contrataciones entre el banco emisor y los negocios afiliados, así como entre los diversos bancos que operan en el país.

- por la asunción de la obligación. Cuando la apertura de crédito es de este tipo, la entrega se perfecciona en el momento en que el acreditante asume la obligación (aval, aceptación, establecimiento de crédito comercial - stand by-, etcétera).

Algo similar a lo que sucede con el monto de la apertura, sucede con el **plazo** de la disposición.²⁸ Como la esencia del contrato es la disponibilidad de recursos, ésta no puede quedar indefinida y debe en algún momento ponerse fin. El plazo de disposición es un plazo que juega dentro del plazo total del contrato, esto es, el contrato de apertura de crédito dura desde el momento de su celebración hasta el momento en que se pacta el pago final de las obligaciones; el plazo de disposición es un término cuyo inicio y fin se encuentran dentro del plazo anterior pudiendo incluso ser concurrente, es decir, igual al mismo. Las partes pueden pactar también la facultad de restringir o alargar tal plazo de disposición.²⁹

Por ley no es requerido que la apertura de crédito vaya relacionada con un **destino** específico de los recursos, pero es práctica corriente el que así se pacte de modo que una desviación de los mismos para un fin diverso podría desatar diversas consecuencias (restringir el plazo de disposición, el monto de la apertura, el plazo de pago, son las usuales, incluso la comisión de un delito cuando por el desvío se causa un perjuicio económico a la institución). Para el sistema financiero este tópico es de especial importancia pues el crédito se ha abierto para auxiliar las necesidades financieras de un proyecto específico, desviar los recursos supone alterar dicho proyecto y frustrar la labor de financiamiento.

²⁸ “Los contratos de crédito se caracterizan por su tracto sucesivo, por su consumación entre dos fechas”. VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN. Introducción al Derecho Mercantil Comparado, Editorial Nacional, S.A., Pág. 341.

²⁹ Idem

Otro elemento de este género de contratos es el de **devolución** de las cantidades dispuestas o **pago**. Si se trató de una suma de dinero la cual fue efectivamente dispuesta, el pago consistirá en la devolución de las cantidades dispuesta en la forma y términos en que se haya pactado (una sola exhibición; un calendario de pagos; cuando se den los supuestos establecidos, verbigracia: venta de una cosecha, etcétera).

Puede haberse tratado de una apertura de crédito en la que no hubo disposición de sumas, en cuyo caso el pago de las comisiones por apertura y el cumplimiento de otras obligaciones serán la forma de pago y de ejecución final del contrato. En el caso de asunción de obligaciones puede tratarse de la provisión de los fondos para el cumplimiento de las mismas o bien el pago directo de ellas de modo que el acreditante se vea liberado de honrar la obligación contingente asumida.

El precio a pagar por el uso de la mercancía llamada “dinero” es el llamado interés o rédito, que constituyen la **remuneración** por la puesta a disposición y consecuente uso de los recursos dinerarios. Esa remuneración tiene el propósito de: compensar al acreditante por el uso de la suma de dinero, permitir que ésta regrese con el mismo valor adquisitivo que tuvo al ser dispuesta, pagar los costos de operación y proveer de una legítima utilidad a la institución acreditante. La fijación de las tasas a las cuales se contratan estos recursos es una facultad asignada al Banco Central que normalmente deja actuar a las fuerzas del mercado.

Desde las épocas en que la inflación empezó a hacer su aparición a mediados de la década de los setenta, ha sido práctica común en todos los mercados financieros del mundo el incluir cláusulas llamadas de “estabilización monetaria” que tienen por efecto el incorporar un efecto “valorista”³⁰ de tal suerte que el valor de los recursos dispuestos se mantenga constante. No hacerlo de esa manera supone, en caso de inflación, un deterioro para el acreditante quien recuperaría bienes de menor valor; y en caso de deflación, un deterioro para el acreditado, quien tendría que pagar costos superiores al valor de mercado.

Se ha hablado de que al darse períodos de inflación y subir en consecuencia las tasas de interés, estas deben ser reducidas para no perjudicar al acreditado, en aplicación de la llamada “teoría de la imprevisión”. Esta concepción es errónea, las cláusulas de estabilización monetaria que indexan las tasas de interés a cualquier punto de referencia del mercado, son precisamente lo contrario: la previsión, para mantener costos reales para ambas partes.

Capitalización de intereses. Otra costumbre usada en el medio financiero es, en algún tipo de apertura de crédito (por ejemplo la disponible con una tarjeta de crédito) la de convertir en capital los intereses generados. Esta práctica es permitida por la legislación mercantil y opera lo mismo en las operaciones activas que se comentan aquí, que en las operaciones pasivas. No se está en el caso del anatocismo prohibido si se pacta de antemano por la legislación civil, ya que esa no es una norma aplicable a la operación del sistema financiero. Las aperturas de crédito tienen su propia normatividad que no requiere buscar ninguna supletoriedad y en materia de préstamo mercantil la práctica está especialmente permitida.³¹

³⁰ Valorismo: teoría que explica que las deudas pecuniarias se solventan pagando el número de unidades que sea necesaria para igualar el valor que tenía la obligación al tiempo de ser contraída. BORJA MARTÍNEZ, FRANCISCO. Derecho Monetario. Editorial Mac Graw Hill. México 1997. Páginas 5 y siguientes.

³¹ Es especialmente relevante en esta materia la decisión de la Suprema Corte de Justicia de 7 de octubre de 1999 cuando resolvió por contradicción de tesis una serie de definiciones relacionadas con el concepto “anatocismo”, la capitalización de intereses, la naturaleza de la apertura de crédito, el uso de tasas variables, el uso de crédito para refinanciar intereses y otras igualmente trascendentes.

Otros elementos que se suelen incorporar a las aperturas de crédito son una serie de **convenciones y estipulaciones** que provienen de la más pura técnica de financiamiento. El negocio financiero es una disciplina *per se* que supone el análisis de las circunstancias especiales de una empresa o del proyecto de una de ellas para determinar cómo usar mejor los recursos propios y los de crédito. Las leyes financieras incluyen normas que obligan a los intermediarios a tomar en cuenta esta técnica específica.³²

En consecuencia es común el que se pacten garantías (hipoteca, prenda, fianza, aval, hipoteca sobre unidad, seguros, fianzas, *stand by's*) que soporten el cumplimiento de las obligaciones. Asimismo es común el que se establezcan obligaciones de hacer y de no hacer normalmente relacionadas con razones financieras (índices de capitalización, monto de activos fijos, índices de apalancamiento, etcétera) a fin de que la operación de la empresa se mantenga en una posición que asegure el funcionamiento de la misma y, por consecuencia el repago del crédito.

En materia de personas físicas, esta técnica conlleva consideraciones de proporción entre los ingresos de las mismas y el monto que requieren para servir o amortizar el crédito.

Un elemento final que es imprescindible comprender en esta materia es el llamado **“Fondeo”**. Con tal expresión se representa el origen de los recursos que se facilitan al acreditado. En la típica labor de intermediación una entidad financiera consigue los recursos de algún sitio (de los ahorradores, de préstamos, de líneas de descuento con banca de desarrollo, de financiamientos internacionales, etcétera). En ocasiones la obtención de esos recursos supone para el intermediario financiero una serie de obligaciones que resulta menester traspasar al acreditado o, al menos, dar a conocer a éste pues ello justifica que se finquen a cargo de éste algunas obligaciones adicionales.

Los recursos con que se “fondea” una operación pueden estar sujetos a algunas variantes, por ejemplo a gravamen fiscal, a encarecimiento de los recursos que lo componen, a plazos de devolución u otros que impondrán modalidades o costos al acreditado (por ejemplo el pago de una pena por no disponer de los recursos o por disponerlos en fechas distintas a las originalmente planteadas).

2.2.3.- El concepto “línea de crédito”.

El concepto línea de crédito es producto de la práctica financiera, no es un término acuñado por la ley mexicana, en ninguna norma legal se encuentra el término, sin embargo sí se le ve aparecer, como resultado del uso extendido del mismo, en circulares de autoridades financieras e incluso en alguna tesis jurisprudencial usados como sinónimo de apertura de crédito.³³

³² Artículos: 65 de la Ley de Instituciones de Crédito; 43 fracción IV para Uniones de Crédito y 48 C de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; 35, fracción IX y 82, fracción VI, de la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

³³ Circular 1328 CNBV

“3.2 *Concepto de línea de crédito revolvente.*

Para los efectos de la presente Circular, se considerará como línea de crédito revolvente a la apertura de crédito en cuenta corriente que da derecho al acreditado a realizar múltiples disposiciones y remesas de recursos en reembolso o pago parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho o, en su caso, de intereses, cuando menos una vez al año, mientras el plazo del contrato no concluya para disponer en la forma pactada.”

Rubro: LOS DOCUMENTOS CONOCIDOS COMO "VOUCHERS" EXPEDIDOS CON BASE EN TARJETA DE CRÉDITO, SI NO SE SUJETAN A CONDICIÓN ALGUNA, SON SUFICIENTES PARA EJERCITAR LA ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA.

“De acuerdo con los principios de literalidad y de incorporación previstos en el artículo 5o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sólo pueden ser exigibles las prestaciones económicas que se establezcan en el texto de los títulos de crédito y si en la especie en los documentos, conocidos también como "vouchers" que se expiden con base en una tarjeta de crédito derivada de un contrato de apertura de crédito simple, en los que se consigna una operación de disposición de la línea de crédito por parte de la acreditada, a cargo de la institución bancaria; ...”

En la doctrina mexicana Cervantes Ahumada opina que el concepto de línea de crédito es el mismo que apertura de crédito pues es la forma como esta operación es llamada en la práctica bancaria norteamericana, citando a un autor Langton que define *Line of credit* como el contrato por el cual un banco se obliga a hacer préstamos al beneficiario.³⁴

El uso del término línea de crédito como sinónimo de apertura de crédito es erróneo, incluso en el derecho de los Estados Unidos de América como pretende el autor citado por Cervantes Ahumada. La doctrina y sobre todo la jurisprudencia norteamericana han determinado como concepto de línea de crédito: el margen o límite de crédito otorgado a alguien; cubre una serie de transacciones; límite que el cliente no podrá exceder, etcétera, es decir el concepto está en el tope del monto que regirá futuras transacciones.³⁵

El concepto “línea de crédito” refiere en primer término a una realidad mucho más amplia que la “apertura de crédito”, de tal suerte que ésta puede caber dentro de aquella. Al amparo de una línea de crédito pueden caber aperturas de créditos (simples, con garantía hipotecaria, en cuenta corriente, avíos, refaccionarios) así como también préstamos, reportos, arrendamientos financieros, factorajes, créditos comerciales, cartas de crédito, etcétera.

Otra diferencia importante deviene de la conexidad de los actos jurídicos posteriores al establecimiento de una línea de crédito o de una apertura de crédito. En ésta todos los actos que se realizan están jurídicamente interrelacionados, son partes de un todo. Es decir, si un acreditado dispone hoy de mil, y mañana de otros mil, en suma ha dispuesto y adeuda dos mil por la misma causa.

En la "línea de crédito" la institución ha establecido previamente qué clase de operaciones está dispuesta a celebrar con ese cliente y hasta por qué montos, de tal manera que los actos jurídicos o las operaciones que llegaren a celebrarse a su “amparo”, son actos jurídicos autónomos e independientes, pues si tal cliente suscribe hoy un crédito quirografario por mil y mañana suscribe un pagaré directo por otros mil, adeudará dos créditos distintos de mil cada uno; por lo que no existe similitud en la causa instrumental jurídica.

El concepto de línea de crédito refiere fundamentalmente al monto o montos y tipos de operaciones activas que un financiero está dispuesto a celebrar con su cliente una vez que ha conocido la situación y necesidades financieras de éste.

El establecimiento de una línea de crédito no es *per se* vinculatorio entre las partes. Cliente y financiero concurren, se intercambian información, el financiero estudia detenidamente las necesidades del cliente, sus proyectos, la viabilidad económica de éstos, las garantías que podría solicitar y concluye que la empresa podría necesitar determinados créditos de corto plazo, o bien otros de largo plazo, en una forma jurídica u otra y, al fin, le indica a su cliente que estaría dispuesto a celebrar tales operaciones con él hasta por

Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: 9ª. Tomo: II, Agosto de 1995. Tesis: I.3o.C.34 C. Página: 553.

Amparo directo 3473/95. Luz María Pozos Lima. 30 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

³⁴ CERVANTES AHUMADA, RAÚL. Títulos y Operaciones de Crédito. Librería de Manuel Porrúa S.A. México, 1954. Páginas 250 y 251.

³⁵ *Line of credit.*- A margin or fixed limit of credit granted by one to another, to the full extent of which the latter may avail himself in his dealings with the former...usually intended to cover a series of transactions... *Pittinger v. Sothwestern paper Co. Of Fort Worth. The maximum borrowing power of a person from a financial institution... a limit of credit extended by bank to its customer...* Modoc Meat & Cattle Co. V. First State Bank of Oregon. BLACK, HENRY CAMPBELL. Black's Law Dictionary. Fifth edition. West Publishing Co. St.Paul Minn. USA. 1979. Página 837.

determinados montos y con determinadas condiciones, como resultado de su análisis técnico financiero.

Hasta ahí no hay obligación alguna, lo único que se ha hecho es establecer las bases y condiciones conforme a las cuales las partes podrán en un futuro determinado, celebrar contratos. No llega a ser ni siquiera una policitud pues en ésta resulta obligatorio mantener la oferta para quien la hace. Más puede parecerse al concepto que ha venido surgiendo de una “carta de intención” que no resulta vinculatoria sino que va dejando definidas ciertas bases sobre las cuales, cuando las partes lleguen a hacer un contrato ya no hay discusión puesto que son términos preaceptados.

Ciertamente en la forma como la línea de crédito sea comunicada al cliente puede llegar a convertirse en una policitud que obliga al que la hace a mantenerla si el otro la acepta. Un financiero puede comunicar la decisión de su institución de establecer las líneas de tal manera que sea una perfecta policitud. Usualmente no es así.

Los conceptos de la línea de crédito se volverán vinculatorios cuando se celebren las operaciones específicas a que se refiere la línea, sobre todo en el caso de los montos. Un cliente podrá usar descuentos mercantiles o préstamos directos hasta el monto establecido, una vez alcanzado éste ya no podrán celebrarse nuevas operaciones porque se llegó al tope establecido.

2.2.4.- Otras operaciones activas.

Además de aperturas de crédito, en el lado activo de la intermediación, los intermediarios financieros celebran asimismo otras operaciones que tienen la característica de ser una entrega (colocación) de recursos con la obligación de devolución.

Un ejemplo de ellas es el **descuento**, ya de títulos (otorgar recursos a cambio de documentos aceptados por terceros en el curso normal de las operaciones del cliente³⁶), ya un descuento de crédito en libros (otorgar recursos tomando los créditos que el cliente ha dado a su vez a sus propios clientes, no documentados en títulos de créditos o bien en títulos no negociables). Rodríguez Azuero explica: “*Varias teorías se han expuesto para explicar la naturaleza jurídica del contrato de descuento. Por lo pronto y partiendo de una interpretación teleológica, debemos advertir que, en nuestra opinión, el banco quiere, antes que nada, conceder un crédito y el cliente hacerse de los recursos correspondientes.*”³⁷ La cita hecha remarca el carácter de intermediación y de operación activa que suponen los descuentos.

Esta figura es muy cercana a la operación de Factoraje, tanto que las instituciones de crédito cuando no tenían la autorización para practicar las operaciones de factoraje resolvían la necesidad de su clientela por el camino del descuento de crédito en libros. aún cuando éste no da la maleabilidad que da aquél.

Otro caso similar es el **reporto**, que siendo típicamente una operación del mercado de valores es practicado también por la banca. Doctrinariamente se discute si su naturaleza es un préstamo o es simplemente una doble compraventa de valores, lo cierto es que es una operación que ha desarrollado un carácter autónomo. La ley mexicana lo trata en un capítulo específico dentro del cual lo define así:

³⁶ Joaquín Garrigues, en su obra Contratos Bancarios lo define: “el hecho de abonar un banco al cliente en dinero, el importe de un título de crédito no vencido, descontando los intereses correspondientes al tiempo que media entre el anticipo y el vencimiento del Crédito” citado por VARGAS ISLAS, MARIO EMILIO. Tesis Profesional. El Descuento de Créditos en Libros.. UNAM. 1972. Página 6.

³⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. FELABAN, Bogotá 1990 (Cuarta edición). Página 352.

*En virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio. El premio queda en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario.*³⁸

En el núcleo de esta operación está el deseo de ambas partes de usar financieramente sus recursos, uno busca un premio, el otro el uso del líquido, amén del uso que puedan darse a los títulos o monedas o valores reportados en el ínterin.

En la esencia del contrato de reporto está la transmisión de los títulos y el plazo a que está sujeta la operación. La administración de los títulos durante la vida del mismo puede ser objeto de pactos específicos entre las partes.

2.3.- Contrato de prestación de servicios.

Las operaciones que han sido llamado “neutras” o de “servicio” corresponden a actividades de las entidades financieras cuando no están relacionadas con la intermediación. Llevan, desde el punto de vista jurídico, como esencia un **hacer** por parte de la entidad financiera que supone un beneficio para el cliente.

Bajo el género de servicio se engloba una gran cantidad de operaciones específicas. Si se revisan las disposiciones legales que regulan las actividades de cada uno de los intermediarios financieros que actúan directamente con el público, se encontrarán fundamentalmente las actividades de intermediación (recibir depósitos, hacer préstamos, conceder y tomar créditos, colocar papel, etcétera), a continuación se encontrarán las actividades propias de la especialidad de la entidad: celebrar arrendamientos financieros, otorgar fianzas, celebrar operaciones de factoraje, emitir pólizas de seguros, operar en el mercado de valores, etcétera) y, finalmente se hallarán otra serie de actividades que no califican en ninguno de los brazos de intermediación ni en las especialidades de los intermediarios, esas son las operaciones de servicio o neutras.³⁹ Véase el siguiente enunciado:

Para el caso de las **Instituciones de Crédito:**

- Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles.
- Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisas.
- Prestar servicio de cajas de seguridad.
- Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes.

³⁸ Artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

³⁹ Las siguientes son las normas legisladas sobre los objetos sociales de las entidades financieras donde las funciones aquí comentadas se encuentran:

Artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Artículos 11, 24, 38-B, 40, 45-A, 81 y 81-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Artículo 171 de la Ley del Mercado de Valores.

Artículos 34 y 81 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Artículos 2, 3 y 7 de la Ley del Banco de México

Artículos 18 y 39 de la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Regla Octava de las “Reglas generales a que deberán sujetarse las sociedades a que se refiere la fracción IV del artículo 103 de la Ley de Instituciones de Crédito”

Artículos 17, 19, 22 y 28 de la Ley de Sociedades de Inversión.

- Practicar operaciones de fideicomiso y llevar a cabo mandatos y comisiones.
- Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros de títulos o valores y en general de documentos mercantiles.
- Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito.
- Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras.
- Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas.
- Desempeñar el cargo de albacea, de síndico o de negociaciones, o herencias.
- Hacer avalúos.
- Compra venta y cambio de divisas.
- Transferencias de recursos.

Para las **Casas de Bolsa**, la ley autoriza:

- Recibir fondos por concepto de las operaciones con valores que se les encomienden. aplicar esos fondos, depositarlos en institución de crédito, o bien adquirir acciones representativas del capital de alguna sociedad de inversión de renta fija, depositándolas en la cuenta del cliente respectivo.
- Prestar asesoría en materia de valores.
- Actuar como fiduciarias.
- Proporcionar servicio de guarda y administración de valores.
- Actuar como especialistas bursátiles.
- Actuar como representantes comunes de obligacionistas y tenedores de otros valores.
- Administrar las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones de personal, y de primas de antigüedad.
- Compra venta y cambio de divisas.

Para **Almacenes de Depósito**:

- Prestar servicios de guarda o conservación, manejo, control, distribución, transportación y comercialización, de bienes o mercancías.
- Certificar la calidad así como valorar los bienes o mercancías.
- Empacar y envasar los bienes y mercancías recibidos en depósito.
- Gestionar por cuenta y nombre de los depositantes, el otorgamiento de garantías en favor del fisco federal.
- Prestar servicios de depósito fiscal.

Para **Uniones de Crédito**:

- Facilitar el uso del crédito a sus socios y prestar su garantía o aval.
- Prestar servicios de caja.
- Contratar la construcción o administración de obras de propiedad de sus socios.
- Promover la organización y administrar empresas industriales o comerciales.
- Encargarse de la compra y venta de los frutos o productos obtenidos o elaborados por sus socios o por terceros.

- Comprar, vender y comercializar insumos, materias primas, mercancías y artículos diversos así como alquilar bienes de capital necesarios para la explotación agropecuaria o industrial.
- Encargarse, por cuenta propia, de la transformación industrial o del beneficio de los productos obtenidos o elaborados por sus socios.
- Realizar por cuenta de sus socios operaciones con empresas de factoraje financiero.

Empresas de factoraje financiero:

- Prestar servicios de administración y cobranza de derechos de crédito.

En el caso específico de las **Casas de cambio**, todas sus actividades son de servicios relacionados con las divisas y su legislación autoriza a instituciones de crédito y casas de bolsa a operar en los mismos terrenos.

Para las **Instituciones de Fianzas:**

- Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares.
- Actuar como institución fiduciaria.

En el caso de las **Instituciones de Seguros y Mutualistas de Seguros:**

- Administrar las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confíen los asegurados o sus beneficiarios.
- Actuar como institución fiduciaria (sólo instituciones de seguros).
- Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares.
- Actuar como comisionista con representación de empresas extranjeras para productos de seguros no ofrecidos en el mercado nacional.

Respecto de las siguientes entidades: **Arrendadoras Financieras, Sociedades Financieras de Objeto Limitado, Administradoras de Ahorro para el Retiro, Sociedades de Inversión Especializadas en Fondos para el Retiro, Sociedades de Inversión y Sociedades Operadoras de Sociedades de Inversión;** no registran sus cuerpos legales ninguna actividad de servicio en especial, diversa a las que le son propias de su principal finalidad de intermediación.

Las **Entidades del Ahorro y Crédito Popular** listan una serie de actividades de servicios, sujetas a dos cosas (al igual que sus operaciones activas y pasivas) al Nivel de Operaciones en que estén autorizadas y en las reglas de carácter general que las regulen:

- Recibir o emitir órdenes de pago y transferencias en moneda nacional. Las mismas operaciones en moneda extranjera podrán realizarse únicamente para abono en cuenta en moneda nacional.
- Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito.
- Prestar servicios de caja de seguridad.
- Ofrecer el servicio de abono y descuento en nómina.

- Fungir como receptor de pago de servicios por cuenta de terceros, siempre que lo anterior no implique para la Entidad la aceptación de obligaciones directas o contingentes.
- Expedir y operar tarjetas de débito y tarjetas recargables.
- Prestar servicios de caja y tesorería.
- Realizar la compra-venta de divisas por cuenta de terceros.
- Llevar a cabo la distribución y pago de productos, servicios y programas todos ellos gubernamentales.

De la **Banca de Desarrollo** no es posible hacer un enunciado genérico puesto que cada una de las instituciones que la componen tiene su legislación y Reglamento Orgánico específico, a los que habrá que recurrir en particular para conocer este tipo de actividades.

A su vez **el Banco de México**, aún cuando no opera servicios con el público, sí practica, en su función de banco de bancos, algunos servicios con la comunidad financiera:

- Efectuar operaciones con divisas, oro y plata, incluyendo reportos.
- Actuar como fiduciario.
- Recibir depósitos de títulos o valores, en custodia o en administración.
- Regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos.
- Prestar servicios de tesorería al Gobierno Federal y actuar como agente financiero del mismo.
- Fungir como asesor del Gobierno Federal en materia económica y, particularmente, financiera.

2.3.1.- Elementos del género de contratos de prestación de servicio.

El primero de los elementos es precisamente la **prestación de un servicio**, lo cual supone una actividad, normalmente de hacer, por parte de la entidad prestadora del servicio. Eventualmente este hacer puede conllevar un dar (como se daría en un servicio de transferencia de fondos o pagos), pero el énfasis está puesto en la actividad que despliega el prestador.

El segundo de los elementos es el pago de una **comisión**. Desde luego no es un elemento esencial porque algunos de estos servicios pueden otorgarse al cliente como un servicio adicional a los negocios que éste genera con la intermediación. Sin embargo esta liberalidad en algunos servicios viene desapareciendo a paso y medida que los márgenes de intermediación se hacen más pequeños como resultado del desarrollo del sistema y de la cultura financiera.

Sin embargo cabe decir que el pago de la comisión es la típica estructura del contrato de prestación de servicios (*do ut facias*) que en nada difiere en este terreno del sistema financiero, del terreno del clásico contrato civil.

El tercer elemento se da en la **materia del servicio**, la cual siempre suele estar relacionada con el dinero, el patrimonio y demás circunstancias que rodean a la intermediación. Si se cambia una moneda, si se presta un servicio de caja, si se administra un patrimonio fiduciario, por no citar sino unos ejemplos, se está desempeñando alguna actividad que tiene que ver con un recurso patrimonial o dinerario. A este respecto puede ser valedera la siguiente clasificación:

a) Servicios relacionados directamente con el **dinero**: tal sería el caso de los relacionados con el cambio de divisas y los servicios de caja y tesorería.

b) Servicios relacionados con la **intermediación**. Sin consistir directamente en un proceso de intermediación, pero sí conexos a ésta, como sería el caso de transferencias (órdenes de pago, giros, cheques de caja, etcétera), o un servicios de pagos (dispersión de cuentas, pagos de nóminas, cuotas escolares, de impuestos o de diversos servicios, etcétera) que son una variante de los depósitos pues suponen la entrega de un dinero y la disposición del mismo, durante el momento que el intermediario es poseedor de los recursos puede darles a los mismo un uso financiero.

c) Servicios relacionados con la función de **depositario**. Tal es el caso de los depósitos regulares y de las Cajas de Seguridad. Este último servicio, aún no siendo exclusivo del sistema financiero (los hoteles lo prestan similarmente) ha venido constituyendo una actividad poco estudiada doctrinariamente y que merece una mayor atención de los estudiosos de las operaciones bancarias.⁴⁰

d) Servicios relacionados con la **actividad que realizan juntos** clientes e intermediarios. Es el caso de los Almacenes de Depósito y de las Uniones de Crédito que practican algunas operaciones mercantiles (empaque, comercialización, etcétera) las cuales se dan en función de preservar y promover los patrimonios de los socios o clientes. En el caso de las Uniones de Crédito, recuérdese que éstas mantienen un espíritu cooperativista que parte del principio: “la unión hace la fuerza” y que busca promover el desarrollo financiero de los socios-clientes que la componen. Este espíritu justifica el que se realicen otro tipo de actividades aparentemente separado de la intermediación.

e) Servicios relacionados con una función de **confianza**. Esta es una característica total del sistema financiero. Las instituciones que la componen merecen del público usuario una gran confianza, se trata de empresas en las que se puede confiar, en su seriedad, en su seguridad patrimonial y en la alta calidad de un servicio profesional. Son entidades que administran bien por definición. Esta es la característica que justifica normas como las de acreditada solvencia (artículo 86 de la Ley de Instituciones de Crédito, artículo 12 Ley federal de Instituciones de Fianzas), las de los fondos de protección al ahorro y al mercado de valores y otras más.

Esta característica de confiabilidad ha corrido paralela en la historia de la banca y de las bolsas, desde los *argentarii* romanos, a la bolsa de Brujas, a las funciones financieras de las Casas de Contratación, a los primitivos bancos centrales como el Riksbank de Suecia o el Banco de Inglaterra y de ahí hasta nuestros días. Las entidades financieras son instituciones confiables, administradores profesionales y depositarios no sólo de los patrimonios sino de la confianza del público. La fortaleza de un sistema económico radica en gran parte en esta confianza del público a sus instituciones.

Por ello las grandes labores de confianza son servicios que estas entidades prestan. Desempeñarse como Albaceas, como Síndicos (si la legislación concursal así lo autoriza), como Liquidadores, como mandatarios o comisionistas, como representantes de tenedores de títulos colectivos, el manejo de Contabilidades y libros de actas, el practicar Avalúos, sólo lo puede hacer quien es un profesional de la administración.

Capítulo aparte merece el **Fideicomiso**. Sobre esta figura se han escrito tratados completos o capítulos abundantes dentro de tratados de Derecho Bancario y de Derecho

⁴⁰ Felipe de Jesús Gómez Echavarría, es el autor de una investigación profunda sobre este tema que se ha distribuido en conferencias y en forma particular. “Las Cajas de Seguridad”. Ponencia presentada al Círculo de Estudios de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, A.C.

Mercantil. No es, por tanto, el propósito del presente, presentar un resumen de los mismos, ni hacer un nuevo desarrollo de la figura. Sin embargo sí merece una serie de consideraciones propias para el estudio de las “Instituciones” del Sistema Financiero Mexicano.

Ello es así porque el Fideicomiso representa un ejemplo prístino y por antonomasia de lo que es una “institución” que es propia y peculiar del sistema financiero. El fideicomiso no es una figura que se pueda practicar fuera de él, en un inicio estuvo asignada exclusivamente a las instituciones de crédito y posteriormente, aunque en forma restringida, se ha ampliado su desempeño a las Casas de Bolsa, a las Instituciones de Fianzas y a las Instituciones de Seguros. Por su parte la Banca de Desarrollo y la Banca Central han practicado en forma importante la figura del mismo constituyendo la variante llamada “fideicomiso público”, al grado que algunos de estos fideicomisos llegan a formar parte del subsistema bancario (artículo 3 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Aún cuando se pueden encontrar orígenes de la figura en los antiguos derechos romano y anglosajón, el Fideicomiso Mexicano es una figura propia y con estampa original. Otros países han abrevado en sus aguas para imitarlo.

El Fideicomiso es una operación por medio de la cual una persona (usualmente un cliente) destina una parte de sus bienes a un fin determinando encomendando la realización de éste a una institución fiduciaria. Dos discusiones en doctrina giran alrededor de esto: una respecto de si es un contrato o un acto unilateral de la voluntad y otra sobre la naturaleza de la afectación. Sin abordar las citadas discusiones, cabe decir, respecto de la primera, que a final de cuentas para que opere a plenitud el fideicomiso se requiere, tarde o temprano, que la voluntad del fiduciario concorra con la del fideicomitente y, respecto de la segunda, para unos, se trata de una simple traslación de propiedad, para otros se trata de una “afectación”, para otros se trata de un figura *sui generis*. El resultado, en todos los casos, es la seclusión de una parte de los bienes del patrimonio del fideicomitente para incorporarlos al patrimonio del Fiduciario (lo contabiliza en cuentas de orden), quien, a pesar de tener el *animus domini* sobre la misma, no podrá hacer con ella más de lo que el fin dispuesto por el fideicomitente permite.

El Fiduciario deberá desempeñar la encomienda que recibe, con todo el cuidado de un *bonus pater familias*, respondiendo seriamente de su comportamiento como tal y quedando constreñidos a rendir cuidadosa cuenta de su desempeño, a través de funcionarios ad hoc (delegados fiduciarios) que son especialmente seleccionados e incluso objeto de una revisión y la posibilidad del derecho de veto por parte de las autoridades reguladoras. (Artículo 35 de la Ley e Instituciones de Crédito, 103 Ley del Mercado de Valores).

Para la consecución del fin encomendado, puede el fiduciario ser asistido de un Comité Técnico que tomará decisiones e instruirá al fiduciario respecto de cómo actuar para lograr los fines. Puede asimismo contratarse personal que no pasará a formar parte de la planta laboral de la institución fiduciaria, sino que mantendrá su relación laboral precisamente con el fideicomiso.

Los beneficios que se obtengan o que resulten de la ejecución del fin del fideicomiso pueden ser para el propio fideicomitente o para terceros que reciben el nombre de fideicomisarios, nunca para el propio fiduciario (salvo algunos casos específicos previstos en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en la Ley de Instituciones de Fianzas o en las Leyes Orgánica de algunas Bancas de Desarrollo que así lo establecen).

Las finalidades que se pueden lograr con esta figura propia del sistema financiero mexicano, son tan extensas como la imaginación y las necesidades lo permitan, aunque tradicionalmente todos suelen contenerse en figuras de administración (aquellos en los que el fiduciario tiene que desempeñar algunos cuidados y operaciones con los bienes que integran el patrimonio fideicomitado), de traslado de dominio (es decir cuando el propósito es que en último término los bienes pasen a propiedad de un tercero), testamentarios (cuando conexo a un testamento, se prevé la liquidación de un patrimonio del fideicomitente-de cujus) o de garantía (cuando los bienes quedan afectos a garantizar el cumplimiento de una obligación.⁴¹)

La operación culmina cuando la finalidad prevista se ha cumplido o cuando ha transcurrido el plazo para el que fue constituido, en algunos casos la ley pone limitantes de duración a algunos fideicomisos. En caso de terminación, si hay bienes remanentes y sobre éstos no hay una disposición expresa, regresarán al patrimonio del fideicomitente.

2.4.- Otros contratos especializados.

El lógico desarrollo de la actividad mercantil ha venido siendo el desarrollador de nuevas necesidades financieras a las que el sistema financiero ha ido respondiendo con productos específicos. Algunos de estos productos específicos han producido la creación especializada de entidades dedicadas específicamente a dichos productos y actividades.

Así nació la primera Bolsa de Valores y detrás de ella todo el concepto de mercado de Valores, así nacieron las compañías de Seguros, las de Fianzas, las de los Almacenes de Depósito y, más recientemente, las operaciones de Arrendamiento Financiero y las de Factoraje.

Todas estas son operaciones típicas del sistema financiero pues, además de su especialidad, que por lógica exige que sea un profesional el que se dedique a ellas, supone una labor importante dentro de la intermediación por lo que son actividades asignadas por la ley en forma exclusiva a dichos integrantes del sistema financiero, de modo que se convierten en una actividad regulada por el Estado.

No es el propósito del presente trabajo hacer un análisis detallado de cada una de esas figuras, eso correspondería a un análisis “vertical” del sistema financiero mexicano tal como se explicó en el Capítulo 3 (Véase 1.3), pero sí cabe hacer una mención de ellas en virtud de que, en primer lugar algunas de esas operaciones se pueden practicar por varias de las entidades (verbigracia: el Arrendamiento Financiero, la Intermediación bursátil), o, en segundo lugar, son operaciones que se dan en forma complementaria con otras (Por ejemplo: un depósito en un Almacén se practica requiriendo el Bono de Prenda para usarlo de garantía de un crédito que se está solicitando a otro intermediario; en aperturas de crédito es común que se solicite tomar seguros, ya sobre bienes ya sobre personas, etcétera).

En una reforma legal de julio de 2006, las empresas de arrendamiento financiero y las de factoraje dejaron de ser necesariamente una entidad del sistema financiero aunque su actividad y el contrato que celebran con sus clientes sigue siendo una típica operación financiera pues consiste en la colocación sistematizada de financiamiento.

2.4.1.- Arrendamiento Financiero.

⁴¹ Véase en el siguiente capítulo una descripción detallada del fideicomiso de garantía)

Este contrato atiende a la necesidad de obtener recursos materiales para una empresa sin tener que adquirirlos dentro del patrimonio de ésta, o dicho de otra manera, permite obtener los recursos necesarios para hacerse de esos bienes. La operación consiste básicamente en que el financiero adquiere en propiedad el bien necesitado por la empresa, permitiendo a ésta su uso y disfrute, a cambio del pago de una renta que se establece partiendo del valor del bien y del costo financiero que el mismo representa. Al concluir el plazo, según hayan decidido las partes, el bien puede ser objeto de un nuevo arrendamiento, esta vez puro y simple, o puede ser adquirido por el hasta entonces arrendatario, o puede venderse, distribuyéndose el producto de la venta entre arrendador y arrendatario.

El acudir a este esquema parte fundamentalmente de una estrategia financiera conforme a la cual le es preferible a la empresa el no tener inversiones en activos fijos.

El propósito del contrato es pues el obtener los bienes de capital (maquinaria, equipo de transporte, equipo de cómputo) necesarios para una empresa sin incrementar los activos fijos de la misma. El objeto del mismo es la adquisición, por parte del intermediario financiero (arrendador) del bien, permitiendo su uso y aprovechamiento al cliente (arrendatario) a cambio del pago de una renta que se determina combinando el valor del bien y el costo financiero de dicho valor.

Un elemento importante es la decisión de alguna de las formas de disponer del bien al término del arrendamiento, según se explicaron antes.

Este contrato requiere la celebración de contratos accesorios como la obligación de tomar un seguro sobre el bien, pueden, por pacto, fijarse otras obligaciones contractuales como el otorgar garantías adicionales para asegurar el cumplimiento de la obligación.

Como alternativa, se puede lograr propósitos similares con un crédito refaccionario o con una apertura de crédito industrial, o incluso, según las circunstancias con crédito para adquisición de bienes de consumo duradero (llamados ABCD).

2.4.2.- Factoraje.

Esta es una operación de crédito que parte del muy sencillo principio de que las empresas deben poder ser sujetos de crédito respaldándose en lo que son y su propia capacidad como negocio. Así, las empresas generan una cartera con sus clientes que puede ser la base para obtener financiamiento de parte de un intermediario. La operación ya existía en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito bajo la figura del Descuento de Crédito en Libros, sin embargo, nuevas orientaciones y algunas prácticas financieras provenientes de países extranjeros han modelado la nueva figura del factoraje, operación para ser realizada, en un inicio, exclusivamente por una Organización Auxiliar del Crédito: las Empresas de Factoraje, conforme se reguló a partir de 1985 en los Artículos 45-B a 45-L de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y que fue remitida a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito con motivo de las reformas de 18 de julio de 2006 que deja esta actividad, al igual que el arrendamiento financiero como operación que puede practicarse en forma desregulada.

Los antecedentes históricos se encuentran en diversos puntos. Un primer antecedente aparece en la cultura neobabilónica. En Roma, en la que el comercio no era una actividad apreciada, pero necesaria, los romanos ponían al frente del negocio a un esclavo: el *institor* quien por no ser persona no podía ser exigido ni llevado al tribunal, así el dueño recibía los beneficios mas no las cargas. El pretor corrige la situación asignando una acción

contra el dueño del comercio, no contra el institor. Así surge la figura del Factor, el que hace, figura que existe hoy en día en el derecho mexicano.⁴²

Con la marcada influencia que la cultura romana dejó en las Islas Británicas, al Derecho Anglosajón llega la misma figura del factor como la gente que está al frente de una negociación mercantil (al parecer la industria de la lana fue donde se generó la figura). En la época de colonización, el factor era un agente de ventas de manufactureros y empresarios metropolitanos en las colonias, como tal se convierte en un asesor de crédito opinando sobre la confiabilidad de los distribuidores y poco a poco va tomando responsabilidad sobre los consejos de crédito hasta que llega a comprar las cuentas derivadas de los créditos y convertirse en la empresa financiera que financia cuentas de crédito.⁴³

Como **elementos personales** de la operación estarán una empresa de factoraje (durante un período de tiempo una actividad financiera restringida) y una empresa mercantil (persona física o moral, nacional o extranjera).

Como **elemento real**, materia sobre la cual recae la operación, está la transmisión de los derechos de crédito, aún no vencidos ni exigibles, relacionados con la proveeduría de bienes o servicios, documentados de cualquier modo: títulos de crédito, facturas, contra recibos, etcétera; de esta manera, documentos que tienen diversas funciones probatorias o contables, se convierten en herramientas crediticias. El cliente garantiza siempre la existencia y legitimidad de los créditos.

Se da con dos **modalidades**: con recurso o sin recurso según si el cliente queda o no obligado al pago de los créditos transmitidos a la empresa de factoraje.

Es usual que sea la propia empresa de factoraje la que se encargue de hacer la **administración y cobranza** de los derechos de crédito, aunque esta labor puede delegarse a un tercero.

La operación debe **formalizarse** por escrito y notificar a los deudores, puede documentarse suscribiendo, el cliente, pagarés de los llamados “causales” porque van relacionados con la operación de factoraje que los ve nacer.

Los derechos de crédito adquiridos por la empresa, pueden ser dados en prenda a favor, por ejemplo de instituciones de crédito o de seguros y así, vía crédito, fondear sus operaciones. De esta manera, así como por colocaciones de papel en el gran público inversionista, las empresas de factoraje cierran el ciclo de la intermediación.

2.4.3.- Operaciones de Seguro y Fianza.

En las operaciones de Seguro y de Fianza existe un común denominador: la toma de una obligación de tipo contingente que se hará realidad tan solo si determinadas circunstancias se presentan. El Seguro no será pagado sino hasta presentarse el siniestro, la fianza no generará obligación de pago mas que si se da una circunstancia (generalmente el incumplimiento de una obligación).

No obstante, ambos contratos producen, aún antes de que se den las circunstancias detonadoras de la contingencia una serie de consecuencias jurídicas: En el contrato de

⁴² Código de Comercio. Artículo 309.- *Se reputarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.*

Se reputarán dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste. Todo comerciante en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir factores y dependientes.

⁴³ La semblanza histórica está tomada de dos fuentes: “El Factoraje”, conferencia impartida en el Jurídico de Banco Nacional de México por Don JOSÉ LUIS DE LA PEZA febrero de 1995 y “Marco Jurídico del Contrato de Factoraje”. Tesis profesional de GUSTAVO ALCOCER LUGO. Universidad Intercontinental. México 1991. Páginas 3 y siguientes.

Seguro nace la obligación de pagar las primas; nace, para la compañía de seguros, la obligación de expedir la póliza y, en algunos seguros, la obligación de hacer labores de administración e información; pueden nacer contratos accesorios; por ejemplo, préstamos para cubrir las primas periódicas.⁴⁴ Tanto la contratación de un seguro como de una fianza pueden ser considerados como contratos accesorios de otros principales (se toma un seguro sobre un bien que ha sido dado en garantía de un crédito; se otorga una fianza para caucionar el desempeño de un contrato de prestación de servicios), en estos casos la existencia del contrato en sí, desempeña la función del cumplimiento de una obligación aún cuando los supuestos de la contingencia que cubren no se hayan presentado.

La naturaleza jurídica de ambas operaciones es *sui generis*. Especialmente en el caso del contrato de seguro, se trata de una operación que no existe en otras partes del mundo jurídico y, por lo mismo, ha merecido que el legislador mexicano le dedique una legislación específica: La Ley del Contrato de Seguro.

En el caso de la Fianza, ésta tiene por origen el contrato, obligación personal de cumplir una obligación cuando el original obligado ha incumplido, conocido ampliamente por el derecho civil. Es éste el que rige la operación en defecto de normas específicas en la ley propia (artículo 113 de la Ley de Instituciones de Fianzas) tales como que no rigen los beneficios de orden y excusión y el hecho de que la fianza no se extingue si el acreedor deja de promover en el juicio entablado contra el deudor.

Sin embargo, el carácter masivo, oneroso y profesional con que es ofrecido por las instituciones de fianza y las modalidades peculiares que en este mercado toma, la hacen una figura peculiar.

El contrato de fianza conlleva, en la generalidad de los casos, la celebración de contratos accesorios de garantía (contra garantía) que el fiado tiene que otorgar en favor de la institución de fianzas para garantizar a ésta la recuperación de las sumas que tenga que erogarse en cumplimiento de la fianza.

Ambas entidades emiten, como resultado de su contratación con la clientela (que se hace por escrito), documentos llamados “pólizas”, que contienen los términos y condiciones de operación del seguro o fianza. En ambas operaciones se establece toda una normatividad alrededor del hecho o contingencia que detona la obligación del asegurador o afianzador.

De ambas operaciones se ha discutido el que deban estar incluidas en el mundo de la intermediación financiera, pues los fenómenos de captación del ahorro y colocación del crédito parecieran no tener mucha relación con la actividad en sí. Empero, la actividad básica de ambas entidades es recibir el dinero que generan las operaciones de seguros y de fianza que celebran y darle un efecto financiero; se trata de recursos escasos que se reciben para enfrentar responsabilidades pecuniarias de gran tamaño y la única manera de hacer frente a éstas es, mediante la técnica de la ciencia actuarial, determinar la relación entre una y otra (cantidad recibida - contingencia) y dar a los recursos que se tienen un uso financiero que permita cumplir las obligaciones, mediante un complejo sistema de creación de reservas. En eso cabe decir que no hay gran diferencia con lo que hace un banco al recibir las pequeñas sumas de sus ahorradores.

⁴⁴ “...la Ley del Contrato de Seguro, no define el contrato de seguro, pero sí en cambio señala los elementos que debe contener el contrato como son: prima, riesgo, compañía aseguradora y persona u objeto asegurado.” MARTÍNEZ GIL, JOSÉ DE JESÚS. Manual Teórico Práctico de Seguros. Editorial Porrúa, tercera edición, México, 1995. Página 105

Por otra parte, a ambos intermediarios les es autorizado el practicar operaciones típicas del mundo de la intermediación : Actuar como institución fiduciaria, recibir títulos en descuento y redescuento, otorgar préstamos o créditos, operar con valores en los términos de la Ley del Mercado de Valores, emitir documentos que puedan ser materia de oferta pública y de intermediación, operar con documentos mercantiles por cuenta propia, para la realización de su objeto social, adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares, etcétera.⁴⁵

2.4.5.- Intermediación bursátil

El Mercado de Valores representa una intermediación individualizada y selectiva pues procura asignar el ahorro (captación) directamente a la inversión (colocación), en una doble manera: mediante un llamado mercado primario (colocación inicial de valores entre los ahorradores) y un así designado, mercado secundario (negociación posterior de valores ya emitidos y colocados). *“Este mercado cubre la función económica de permitir la asignación del ahorro entre las opciones alternativas de financiación mediante los negocios sobre valores mobiliarios... El mercado primario ... permite a las empresas ponerse en contacto con los ahorradores para captar recursos financieros mediante la emisión de valores...El mercado secundario... proporciona liquidez a los valores ya emitidos al poner en contacto a los ahorradores entre sí para que realicen transacciones de valores.”*⁴⁶

Respecto a la **materia** de la contratación en el Mercado de Valores, cabe decir que la imaginación y las necesidades financieras surgidas en dicho mercado, han producido una enorme cantidad de productos financieros que se manejan en el mismo y que hacen ver a las acciones, a las obligaciones y a los bonos como reliquias del pasado: múltiples tipos de títulos: gubernamentales y privados, opciones (call y put), futuros, adelantados (forwards), warrants, swaps, stellages y dentro de todos estos existen divisiones y subdivisiones: sobre mercancías, sobre tasas, sobre títulos, públicos y privados, etcétera. Cada una de estas operaciones es materia de una reglamentación por parte de las autoridades reguladoras y de una contratación específica donde derechos y obligaciones quedan precisados.

La función del intermediario es lograr el contacto entre el emisor y el ahorrador y entre los ahorradores entre sí. Por ello la **relación contractual** de la intermediación bursátil discurre por un lado con los emisores y por otro con los ahorradores. Con los primeros, el género de contratación es un contrato de prestación de servicios, mediante el cual el intermediario hará todas las gestiones necesarias para la emisión, desde el análisis de la calidad y tipo de la emisión, todos los trámites oficiales ante autoridades y bolsas de valores, hasta la colocación en sí.

El quehacer del intermediario en el mercado de valores con los ahorradores se desempeña mediante un contrato de “intermediación bursátil”⁴⁷ La naturaleza de fondo de este contrato es la de un mandato que autoriza al intermediario a actuar en su nombre pero

⁴⁵ Véanse artículos 34 de la ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

⁴⁶ ZUNZUNEGUI, FERNANDO. Derecho del Mercado Financiero. Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁴⁷ Ley del Mercado de Valores: *“Artículo 199.- Las operaciones que las casas de bolsa celebren con su clientela inversionista y por cuenta de la misma, se regirán por las previsiones contenidas en los contratos de intermediación bursátil que al efecto celebren por escrito, salvo que, como consecuencia de lo dispuesto en ésta u otras leyes, se establezca una forma de contratación distinta. Por medio del contrato de intermediación bursátil, el cliente conferirá un mandato para que, por su cuenta, la casa de bolsa realice las operaciones autorizadas por esta Ley, a nombre de la misma casa de bolsa, salvo que, por la propia naturaleza de la operación, deba convenirse a nombre y representación del cliente, sin que en ambos casos sea necesario que el poder correspondiente se otorgue en escritura pública.”*

por cuenta del cliente o bien a nombre de éste. En doctrina se hace una diferencia respecto de si se trata de un mandato o de una comisión mercantil: *“Se dice generalmente que el intermediario de bolsa tiene la calidad de mandatario cuando se encarga de juzgar la oportunidad de la negociación en su actividad de gestión del portafolio y la de comisionista todas las veces en las que se limita a hacer la gestión de la negociación.”*⁴⁸ El contrato está exento de las formalidades tradicionales y debe constar por escrito.

Este contrato dispone que el intermediario actuará, con amplitud de facultades, conforme las instrucciones que reciba, directamente o por cualquier medio de comunicación física, eléctrica o electrónica, a menos que se trate de un contrato discrecional en cuyo caso tales instrucciones no son necesarias.

El intermediario asignará a un agente que sea el encargado de ejecutar las instrucciones, o ejercer la discrecionalidad, en nombre del cliente de acuerdo con procedimientos y prelación fijados por los reglamentos operativos correspondientes y elaborando un comprobante por cada transacción que además se reflejará en el estado de cuenta que periódicamente le entregarán al cliente.⁴⁹

Esta actividad es desempeñada fundamentalmente por Casas de Bolsa.

Conclusión.

Las operaciones del Sistema Financiero Mexicano se practican a través de estructuras jurídicas contractuales que se clasifican en Activas y Pasivas según que el intermediario financiero tome el papel de acreedor o deudor en las mismas. Se utilizan también operaciones neutras o de Servicio que complementan la actividad de la intermediación y consisten fundamentalmente en obligaciones de hacer por parte del intermediario financiero, usualmente relacionadas con productos y materia de dinero. El desarrollo de las necesidades ha venido desarrollando novedosas operaciones que combinan las actividades relacionadas con la intermediación y los servicios. Por regla general las operaciones pasivas se documentan en contratos de depósito irregular; las activas a través de contratos de préstamo y apertura de crédito; las de servicio a través de contratos de prestación de servicio y las novedosas han venido desarrollando figuras jurídicas típicas.

⁴⁸ VAUPLANE , HUBERT DE ; BORNET , JEAN PIERRE. Droit de Bourse. Litec. Libraire de la Cour de Casation. Paris , 1994. Página 248. (Traducción libre del autor)

⁴⁹ Véanse los artículos 199 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores.

CAPÍTULO 8

LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

CONTENIDO:

- 1.- Concepto de garantía en la contratación en el sistema financiero.
 - 2.- Fideicomiso de garantía.
 - 2.1.- Antecedentes.
 - 2.2.- Su definición doctrinal.
 - 2.3.- Ventajas y comparación con otras figuras de garantía.
 - 2.4.- El fideicomiso de pago.
 - 2.5.- El procedimiento de ejecución de los fideicomisos de garantía.
 - 2.6.- Constitucionalidad del proceso de ejecución de un fideicomiso de garantía.
 - 2.6.1.- Argumentos en contra de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución de la prenda.
 - 2.6.2.- Argumentos a favor de la constitucionalidad del procedimiento.
 - 2.6.3.- Consideraciones adicionales a tomar en cuenta en el caso específico del Fideicomiso en garantía.
 - 3.- La Hipoteca Sobre Unidad Industrial Agrícola, Ganadera o de Servicios.
 - 3.1 Presentación del problema.
 - 3.2 Concepto de negociación, empresa unidad, establecimiento, etc.
 - 3.3 Antecedentes históricos de las garantías reales, la hipoteca y la hipoteca sobre unidad.
 - 3.3.1.- Derecho romano.
 - 3.3.2.- Derecho francés.
 - 3.3.3.- Otros derechos.
 - 3.3.4.- Derecho mexicano.
 - 3.4.- La figura de la hipoteca sobre unidad.

Conclusiones.
 - 4.- La Prenda sin Transmisión de la Posesión.
 - 4.1.- Definición dogmática.
 - 4.2.- Bienes objeto de la prenda sin transmisión de la posesión.
 - 4.3.- Posesión y disposición de los bienes pignorados.
 - 4.4.- Obligaciones garantizadas.
 - 4.5.- Contenido del contrato de prenda.
 - 4.6.- Constitución y efectos de la garantía.
 - 4.7.- Prelación.
 - 4.8.- Ejecución o liberación de la prenda.
 - 4.9.- Registro.
 - 4.10.- Delito.
 - 5.- La Prenda Bursátil.
 - 6.- Otras garantías.
 - Seguros y Fianzas.
 - Cesión de Derechos.
 - “Recibo Confidencial”.
- Conclusión.
-

1.- Concepto de garantía en la contratación en el sistema financiero.

En una actividad como la financiera es normal que las deudas contraídas deban ser respaldadas con garantías. Incluso una de las normas de oro en la concesión de crédito es la de otorgarlo estudiando el proyecto de inversión, la capacidad del acreditado y las garantías que sean necesarias. Una emisión de obligaciones supone el otorgamiento de garantías, un contrato de fianza incluye tener bienes con que responder si la fianza se hace efectiva. Por

el fenómeno de los dos brazos de la intermediación financiera, las garantías que se dan en favor de las operaciones activas sirven indirectamente para asegurar que los intermediarios podrán cumplir con su clientela las operaciones pasivas. Esto quiere decir que las garantías son una actividad fundamental en la intermediación financiera.

Es lógico, entonces, que en la actividad de intermediación financiera se usen todas las figuras de garantía que existen dentro del derecho común. De la figura de la fianza ha surgido una operación financiera específica que ha desarrollado todo el segmento de la industria afianzadora con contratos de afianzamiento y reafianzamiento que han dado un nuevo enfoque específico a la tradicional figura. Pero, en adición, el propio mercado financiero ha creado figuras de garantía propias de su actividad específica; las prendas sobre títulos de créditos tienen connotaciones especiales en el bono de prenda de las almacenadoras (y los similares “ADR”s que se derivan de mercados extranjeros); las garantías específicas de los avíos y los refaccionarios han tomado una dimensión especial al ser usadas por la banca; la prenda bursátil es una figura típica del mercado de valores que nace gracias a las exigencias que el dinamismo de dicho mercado requiere; el fideicomiso, y dentro de éste el de garantía, sólo puede ser practicado por instituciones financieras, la hipoteca sobre unidad es privativa del sector financiero, etcétera. Bonfanti dice: “*Casi estaría de más decir que la cobertura del riesgo - connatural - se hace efectiva mediante el aporte de otras técnicas más evolucionadas o sofisticadas que las propias garantías tradicionales, arbitraje, nuevos productos, diversas modalidades de seguro, etcétera*”¹

Un contrato de garantía es el acuerdo de voluntades cuya finalidad es asegurar al acreedor el pago de su crédito. Planiol indica que son aquellos que están destinados a proteger a los acreedores de la insolvencia de los deudores.²

Se afirma que la garantía es un contrato porque, aunque en doctrina se discute si una garantía puede ser el objeto de un acto unilateral de quien la constituye, lo cierto es que en la generalidad de los casos las garantías se constituyen por contratos celebrados usualmente entre el garante y el acreedor. Cuando el garante es una persona distinta al deudor suele existir un contrato regulatorio de la relación entre garante y deudor por la cual aquél se convierte en garante del acreedor.

En la naturaleza de la constitución de una garantía, especialmente las llamadas “reales”, es decir las que afectan a bienes específicos, está el que se trata de un acto de ejercicio de la potestad de dominio que el garante ejerce sobre el bien que se afecta en garantía. El hecho de constituir ésta es un acto de disposición dominial del patrimonio.

Lo usual es que la garantía sea un acto jurídico accesorio en tanto cuanto su existencia depende de que exista algo que garantizar. La doctrina y la práctica en algunas legislaciones conocen figuras por medio de las cuales una persona constituye una garantía para que sirva de soporte a obligaciones que se tomarán en el futuro. En tales casos, aún cuando tal garantía se constituya **antes** que la obligación principal, no deja de mantener de alguna manera el carácter de accesorio pues su ejecución dependerá siempre del derecho cuya realización protege.

Las garantías se clasifican tradicionalmente en Personales y Reales. Son Personales aquellas en donde una persona asume una obligación personal comprometiendo la generalidad de su patrimonio, estas fueron las que históricamente aparecieron primero. Las

¹ BONFANTI, MARIO A. Contratos Bancarios. Abeledo Perrot . Buenos Aires, 1993. pág. 338

² PLANIOL, MARCEL ; RIPERT, GEORGE ; Derecho Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1996.

Reales son aquellas en las que el compromiso afecta a un bien en especial al que sigue independientemente de que el titular o propietario del mismo varíe.

Se analizan en este capítulo contratos de garantía que nacen de la práctica del sistema financiero y que se aplican a todo lo largo del mismo. Estos tipos de garantía son verdaderas “instituciones” como se emplea el concepto en el presente.

2.- Fideicomiso de garantía.

El Sistema Financiero ofrece la posibilidad de un nuevo tipo de garantía diverso a los conocidos por las legislaciones civil y mercantil comunes: el Fideicomiso. Esta figura es exclusiva del sistema financiero porque solamente las instituciones de dicho sistema debidamente autorizadas pueden brindar este servicio al público. Es una operación regular de las instituciones de crédito de banca múltiple, como herencia de los Bancos de Fideicomiso o departamentos fiduciarios de los bancos que existieron en los orígenes de la legislación financiera. Es asimismo una operación corriente de las instituciones de Banca de Desarrollo cuyas leyes orgánicas han regulado la figura. Es también una operación que permite la realización de fines públicos e incluso algunos fideicomisos públicos llegan a formar parte del subsistema bancario. Por último, a algunos otros intermediarios, Vg.. casas de bolsa, instituciones de seguros e instituciones de fianzas, han venido siendo autorizados a practicar algunas operaciones fiduciarias.

2.1.- Antecedentes.

La figura del fideicomiso de garantía tiene su origen remoto en una institución de Derecho romano denominada **Fiducia cum creditore**. Mediante esta figura una persona (el fiduciante) entregaba en propiedad un bien, transmitiéndola a través de una *mancipatio* o *in jure cessio*. El Acreedor recibía el bien fiduciado y se obligaba a restituirlo una vez pagado el crédito que se garantizaba. El fiduciante que no paga sólo puede exigir del acreedor el *superfluum*.³

Un pacto que fue común que acompañara a la fiducia fue el pacto derivado de la Lex Commisoria⁴ gracias al cual el acreedor podría conservar para sí el bien entregado en caso de que el crédito no fuera satisfecho.

2.2.- Su definición doctrinal.

Por Fideicomiso de Garantía debe entenderse aquel cuyo fin es asegurar que si un acreedor no recibe pago, el fiduciario ejecutará el patrimonio fideicomitado para satisfacer aquél.

Al igual que cualquier figura de garantía del fideicomiso puede ser constituido por el propio acreditado - deudor o por un tercero, quienes tomarán el papel de fideicomitentes. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en su circular 1343, de 10 de enero de 1997 a propósito de regular las normas de contabilidad, dio una definición del fideicomiso de garantía diciendo que “*son aquellos cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero.*”

Aún cuando en la actualidad hablar de que un fideicomiso puede ser utilizado con propósitos de garantía, esto no fue siempre así sino que hubo cuestionamientos de tal posibilidad, al grado que fue necesaria una definición por parte de la Suprema Corte de Justicia en una ejecutoria de la que se transcribe la parte conducente:

³ D'ORS, ALVARO. Derecho Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1991. Pág.521

⁴ IGLESIAS, JUAN. Derecho Romano. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1993. Pág. 316.

“...por otra parte cabe advertir que ni la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni ningún otro ordenamiento jurídico, prohíbe que en un contrato de fideicomiso se pueda perseguir el fin a que se ha venido haciendo alusión, esto es, el garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble y, en consecuencia, tal consideración es suficiente para estimar que dicho fin es lícito, puesto que, se insiste, no contraviene ningún precepto legal.”⁵

Las reformas que tuvo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en los años 2000 y 2003, dejaron legislada la figura con precisión.

La finalidad de garantía de un fideicomiso, además de lo indicado por la ejecutoria en cuestión, ofrece un complemento lógico a la existencia de otros fines que un fideicomiso pueda tener. En efecto, en fideicomisos complejos en los que el fiduciario recibe un patrimonio para administrarlo o para permitir a terceros el desarrollo de algún negocio con el mismo, es muy común que los mismos bienes sean usados para garantizar las obligaciones que algunas de las partes toman con respecto a otras partes en el mismo fideicomiso o bien a terceros, por ejemplo financieros. De esa manera el fideicomiso se ofrece como un instrumento jurídico que permite dar satisfacción a todas las necesidades jurídicas de un negocio complejo.

El fideicomiso es una figura tan dúctil que permite recibir tanto bienes muebles, como inmuebles o derechos para fungir como garantía. Asimismo las obligaciones garantizadas pueden ser presentes o bien futuras, esto es, puede constituirse un fideicomiso para garantizar, por ejemplo, todos los créditos que los fideicomitentes o fideicomisarios reciben durante el curso de tales o cuales negocios, bastando para ello la simple inscripción en los registros del fiduciario de los créditos u obligaciones que van siendo objeto de la garantía.

2.3.-Ventajas y comparación con otras figuras de garantía.

Esta figura compara favorablemente con otras formas de garantía precisamente por complementar otras finalidades que las partes involucradas en un fideicomiso persigan así como por la siempre importante figura del Fiduciario quien, por su profesionalismo y seriedad, ofrece una seguridad adicional a los interesados. Un autor ha señalado que las principales ventajas que ofrece esta figura son tres: a) el que se cuente con garantías “reales” es decir con la misma seguridad que dan las garantías sobre bienes específicos como en el caso de la prenda o la hipoteca; b) que los bienes afectos en fideicomisos son secluidos del patrimonio del garante y por tanto quedan ajenos a otros embargos, y c) ofrece un procedimiento ágil de ejecución que lo hace muy efectivo.⁶

Como diferencias con las garantías tradicionales, además de las señaladas como ventajas en el párrafo que antecede, pueden señalarse las siguientes:

Las garantías tradicionales ofrecen un proceso de ejecución establecido que no admite variaciones, mientras que el proceso de ejecución de un fideicomiso de garantía puede moldearse las necesidades específicas de la naturaleza del bien fideicomitado y de la obligación garantizada, lo cual, además de hacerlo más simple puede hacerlo también más breve.

⁵ Sala Auxiliar, Informe 1971, Parte II, Página 83. Amparo directo 2771/ 66. Juan Cervantes y Coagraviados, 5 de noviembre de 1971. 5 votos. Ponente: Alfonso López Aparicio.

⁶ ÁLVAREZ MORALES, EDUARDO . El Fideicomiso en México y su viabilidad en España. Banco de Bilbao, Banco Nacional de México. Madrid 1979. Pág. 83.

Las garantías tradicionales están sujetas a garantizar una obligación específica para la cual fueron constituidas, mientras que el fideicomiso de garantía puede usarse para garantizar una pluralidad de obligaciones incluso futuras, cubriendo así también una pluralidad de propósitos.

Por la misma razón apuntada en el párrafo precedente, el fideicomiso de garantía permite su constitución en un solo instrumento y, en su caso, con una sola inscripción en registros públicos, en lugar de tener que hacer uno cada vez que se ofrece la garantía.

El fideicomiso de garantía provee un camino más cómodo para el ejercicio de derechos derivados de los bienes afectos a la garantía en cuanto a su defensa, derechos corporativos, etcétera, ya que al pertenecer a un dueño específico, diverso a garante y acreedor puede ejercer tales derechos y acciones con absoluta independencia y responsabilidad.

En las garantías tradicionales se estará sujeto a las variaciones que las legislaciones locales de las diversas entidades de la república imponen, mientras que, por ser materia mercantil, el fideicomiso está regulado, en todo el país por la misma norma federal.

El fideicomiso es un instrumento que puede ser usado para contener y regular las diversas relaciones jurídicas que se dan en un negocio específico y complejo entre las partes que concurren, regulación que sin él normalmente debe quedar sujeta a la celebración de varios instrumentos jurídicos.

Una última diferencia a citar es el caso de un procedimiento concursal del garante. Si se está en el caso de una garantía real tradicional, los bienes dados en garantía formarán parte de la masa concursal aunque sea para atender a los créditos preferentes a los reales (los laborales). Constituyéndose un fideicomiso, los bienes salen del patrimonio del garante, por tanto de la masa y en ésta sólo quedarán los derechos que le asistan como fideicomitente.

2.4.- El fideicomiso de pago.

Esta variante del fideicomiso de garantía surgió como una alternativa a dichos fideicomisos de garantía para intentar superar dos problemas: Uno, que la Institución de Crédito que otorga a una empresa un crédito, pueda, al mismo tiempo, fungir como fiduciario de una garantía en favor del cumplimiento de ese crédito, superando así la prohibición que existía de ser fiduciario y fideicomisario al mismo tiempo⁷; Dos, la controversia constitucional respecto de si la ejecución de los fideicomisos en los términos que las partes pactaron en la constitución es o no violatoria de la garantía de audiencia y supone que particulares se hagan justicia por propia mano. Consiste fundamentalmente en que los bienes afectados en fideicomiso están destinados a ser la manera natural de hacer el pago de la obligación garantizada.

El concepto es válido si así se ha pensado. Las obligaciones se cumplen haciendo el pago en los términos que la propia naturaleza de la obligación y el pacto de las partes piden. Así, si se ha establecido que la forma de pago de un adeudo será que el deudor afecte en fideicomiso determinados bienes y, llegado el vencimiento del adeudo, el fiduciario proceda a venderlos y a aplicar su importe al acreedor, no se está frente a ninguna ejecución

⁷ Esta prohibición ya no existe por la reforma que dispuso en el artículo 396: " Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses."

de garantía ni a una justicia hecha por propia mano, ni a una falta de garantía de audiencia, simple y sencillamente la obligación está siendo pagada de la manera que se pactó.

Otra cosa muy distinta es que el procedimiento de la venta de bienes fideicomitidos opera como una solución sólo en el caso de incumplimiento de la obligación, puesto que en ese supuesto, póngasele el nombre que se le quiera poner, se trata de la ejecución de una garantía.

El artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito fue adicionado en 1996 con un párrafo que pretende regular el fideicomiso de pago pero lo que hizo es dejar claro que se trata de un fideicomiso de garantía.

El texto de dicho párrafo dice:

“La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.”

Efectivamente, cuando dice que *“en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas...”* es obvio que se está refiriendo no al pago natural de la obligación pues esta fue *“incumplida”*, esto es, el mecanismo funciona por incumplimiento y eso hace evidente la naturaleza de la garantía. El error se mantuvo en las reformas de 2000 y 2003 al dejar el artículo 382 el mismo texto:

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.

El propósito del legislador fue crear un instrumento más ágil pero en los términos que la dejó redactada no logra un verdadero fideicomiso de “pago” sino que lo mantiene como “de garantía”.

2.5.- El procedimiento de ejecución de los fideicomisos de garantía.

Por disposición de la ley, además de que la propia lógica de la operación fiduciaria así lo demanda, la ejecución debe realizarse en los términos en que ha sido convenida en el pacto constitutivo del fideicomiso. (Artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).⁸

Si las partes no han convenido el procedimiento de ejecución, la ley remite a un procedimiento supletorio fijado en la legislación.

Conviene aclarar la génesis de esta disposición pues la historia de lo sucedido en la vida de esta institución puede explicar la legislación actual: Originalmente la ley remitía a la aplicación del procedimiento que, en el caso de la prenda, prevé el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El que exista una norma legal que ofrezca un procedimiento supletorio tiene su origen histórico en una circular de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros de fecha septiembre de 1971, la número 597, que comunicaba un oficio de la Secretaría de Hacienda en la que ordenaba a los fiduciarios que en los fideicomisos de garantía que celebraran a partir del 1º de octubre de ese año, debían poner como procedimiento de ejecución el

⁸ En el caso de Bancos una norma similar existe en la Ley de Instituciones de Crédito: Artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito *“Artículo 83.- A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero-Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario.*

previsto en las fracciones III y IV del artículo 141 de la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito.

La norma referida establecía una serie de bases, aplicables a los créditos hipotecarios, avíos y refaccionarios dándole una participación importante al Juez. Durante los años que duró en vigor la circular, los fiduciarios presionaron siempre por mantener la validez del procedimiento de ejecución pactado entre las partes como preferente.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (enero de 1985) incluyó en su artículo 64, la obligación de usar el procedimiento del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El uso de tal procedimiento no resultó ser una feliz decisión tanto por el hecho de que estaba diseñado para una realidad muy diferente, cuanto por el hecho de que ha venido siendo fuente de controversias que la Suprema Corte de Justicia ha resuelto a veces a favor de la constitucionalidad del mismo y a veces en favor de lo contrario.

Hoy en día la norma del artículo 403 de la LGTOC, así como el 83 de la Ley de Instituciones de Crédito remiten sanamente, en primer lugar al procedimiento convencional y, en forma supletoria piden la aplicación del procedimiento establecido en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio.

El primer camino a despejar es pues cuál ha sido el procedimiento consignado en el fideicomiso, esto es, cuál ha sido lo que la voluntad de las partes ha dejado asentado. En el diseño del procedimiento deben cuidarse unos términos mínimos según establece el artículo 403.

2.5.1.- Procedimiento convencional de ejecución.

Usualmente los elementos que tal procedimiento conlleva, incluye las siguientes etapas que generalmente se incluyen en los instrumentos correspondientes (se subrayan los requisitos mínimos ordenados por el artículo 403), los otros son requisitos que la práctica fiduciaria ha aconsejado:

- El Fideicomisario acreedor avisa por escrito a fiduciario el incumplimiento.
- Solicita la ejecución del fideicomiso.
- El Fiduciario revisa y valida petición.
- El Fiduciario comunica petición al fideicomitente. (Es conveniente que también se de aviso al deudor si no es el fideicomitente.)
- El deudor en el plazo pactado: acredita cumplimiento, hace el pago o acredita gozar de prórroga o novación.
- En caso contrario, el Fiduciario procede a la enajenación extrajudicial La venta puede hacerse ya sea mediante pública subasta o mediante corredor. Si las partes incluyeron un pacto comisorio, el Fiduciario adjudicará los bienes al fideicomisario garantizado.
- Fijar los plazos de todas esas etapas.
- El pacto de enajenación será una sección especial con firma especial.
- El Fiduciario aplica el producto de la venta en el siguiente orden:

Gastos
Impuestos
Comisiones Fiduciario
Pago al acreedor.
Remanente a fideicomitente

Es conveniente que todos y cada uno de los pasos del proceso queden bien regulados en el documento constitutivo del fideicomiso a fin de evitar que el fiduciario se vea en el predicamento de tomar decisiones que podrían provocar una impugnación de su conducta y con ello venir a frustrar el fin buscado por la operación. En este sentido son especialmente críticos los procesos relativos a la constatación de que efectivamente haya habido un incumplimiento de la obligación garantizada, así como los momentos del proceso de venta (avalúos, notificaciones, posturas, asignación, precio, etc.)

Como se decía arriba, si no hay pacto de ejecución se debe dar la aplicación del procedimiento establecido en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio. El Capítulo en cuestión cubre los procedimientos para dos supuestos: una ejecución extrajudicial y una ejecución judicial. Ambos capítulos aplican a la ejecución de los fideicomisos de garantía al igual que la de las prendas sin desplazamiento de posesión analizadas en el siguiente apartado de este capítulo.

2.5.2.- Procedimiento extrajudicial.

Supuestamente este procedimiento aplica si no hay pacto convenido sobre la ejecución, sin embargo se verá que esta normatividad requiere la existencia de pactos en el contrato de fideicomiso (o en algunas ocasiones posteriores a éste) El resultado práctico es que deben de ser tomadas en cuenta estas normas para hacer el pacto de ejecución del fideicomiso a fin de poder contar con la seguridad de que las provisiones contractuales encuentren un soporte en los textos legales.

Este procedimiento consiste en lo siguiente:⁹

- 1.- Se tramitará en esta vía siempre que no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados.
- 2.- El valor de los bienes podrá determinarse por dictamen del perito designado para tal efecto en el contrato o en fecha posterior, o por cualquier otro procedimiento que acuerden las partes por escrito.
- 3.- Si no se designa perito deberán darse las bases conforme se designará el valuador que deberá ser persona distinta del acreedor.
- 4.- El primer paso es el requerimiento mediante fedatario público al deudor de entrega de la posesión de los bienes, que formule el fiduciario o el acreedor prendario, según corresponda, es decir, supone pacto en los términos del contrato. El que los reciba tendrá el carácter de depositario judicial hasta en tanto no se enajenen.
La posesión se puede obtener también, si así se pactó en el contrato, mediante entrega ante fedatario que levante un acta con inventario.
- 5.- El procedimiento no continuará si el deudor se opone a la entrega de los bienes o al pago o no haya habido acuerdo sobre perito valuador o este acuerdo sea de imposible cumplimiento. En tal caso se pasará al procedimiento judicial de ejecución forzosa.
- 6.- Se procede a la ejecución en los términos de ley que supone un pacto comisorio en la práctica pues si el valor de las garantías es igual o menor al crédito, el acreedor tiene la libre disposición de los bienes y, en su caso expedita la acción para recuperar lo faltante. Existe una excepción en materia de créditos de vivienda según

⁹ Artículos 1414 bis a 1414 bis-6 del Código de Comercio.

supuestos de montos pagados hasta la fecha y los adeudados (1414 bis 17, fracción II).

7.- La realización de este procedimiento extrajudicial no es requisito de procedibilidad para el de ejecución judicial forzosa.

2.5.3.- Procedimiento judicial.¹⁰

1.- Este procedimiento se aplica si:

- a) Se busca la obtención del pago y la posesión material de los bienes.
- b) No hay convenio en el contrato o se produce alguno de los supuestos del procedimiento extrajudicial.
- c) El crédito debe ser cierto, líquido y exigible
- d) El crédito conste en la formalidad pedida por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.- El escrito de demanda debe acompañarse del contrato respectivo y la determinación del saldo formulada por el acreedor (si el acreedor es una institución de crédito, anexando la certificación de saldo que corresponda, lo cual puede aplicarse cuando el acreedor sea otra de las entidades financieras que pueden producir una certificación de saldos conforme a su ley, por ejemplo arrendadoras financieras, entidades de ahorro y crédito popular). La determinación de ese saldo tiene alguna regulación relacionada con los estados de cuenta que se deben entregar al deudor.

3.- El juez revisa el cumplimiento de tales requisitos.

4.- El juez ordena requerir de pago al deudor y, de no hacerlo, haga entrega (el deudor o el depositario) de la posesión material de los bienes objeto de la garantía al acreedor o quien éste designe quien tendrá el carácter de depositario judicial y deberá informar al juez sobre el lugar en el que permanecerán los bienes. La diligencia es similar a la que ejecuta un acto de exequendo.

5.- En el mismo auto el juez lo emplazará a juicio, para que, si no paga o no haga entrega de la posesión de la garantía dando un término de cinco días para que conteste y oponga excepciones. El allanamiento lleva el juicio directo a la sentencia. No contestarla no precluye el derecho a probar.

6.- Para facilitar la entrega de los bienes, el juez cuenta con la facultad de imponer medidas de apremio. Algunas normas aplican en caso de que se trate de casas habitación.

7.- Las excepciones que puede oponer el deudor tienen algunas normas que buscan hacer muy ágil el proceso de su desahogo y la continuación efectiva del juicio principal.

8.- Las pruebas se ofrecen en la demanda y la contestación, el juez tiene facultades para desechar algunas. Al admitir dará vista y señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas alegatos y sentencia dentro de los diez días siguientes.

9.- El desahogo de las pruebas se lleva conforme algunas normas tendientes a facilitar la agilidad del proceso.

10.- La sentencia se pronuncia en la audiencia.

¹⁰ Artículos 1414-BIS-7 a 1414-BIS-20 del Código de Comercio

- 11.- Las normas de valuación y ejecución de los bienes son las mismas que se comentaron en el proceso extrajudicial en el apartado anterior.
- 12.- El actor tiene obligación de devolver el remanente (*superfluum*).
- 13.- No habrá incidentes, las resoluciones sólo admiten apelación en efecto devolutivo.

2.6.- Constitucionalidad del proceso de ejecución de un fideicomiso de garantía.

Por la similitud que han tenido las controversias llevadas a tribunales constitucionales sobre la ejecución, tanto del fideicomiso de garantía como de la prenda (artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), se conjuntan, en forma esquemática, en esta sección los argumentos que se han venido usando en uno y otro caso a favor y en contra para arribar a la conclusión final. Estos argumentos han sido desprendidos de las diferentes ejecutorias que la Corte ha pronunciado sobre el tema, en algunos casos se ha acudido a las discusiones públicas de las sesiones de la misma¹¹, así como a un artículo publicado en una revista de divulgación jurídica.¹²

¹¹ **Rubro: Fideicomiso de Garantía. El fin perseguido por las partes en esta clase de fideicomiso reúne los requisitos establecidos por el Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Pues dicho fin es lícito y determinado.**

Sala Auxiliar, Fuente: Informe 1971, Parte: II, Página: 83. Amparo directo 2771/66. Juan Cervantes y Coagraviados. 5 de noviembre de 1971. 5 votos. Ponente: Alfonso López Aparicio.

Rubro: Fideicomiso. Remate de inmuebles por la Fiduciaria.

Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 169-174, Parte: Séptima, Página: 173, Amparo directo 1564/76. Sucesión de Javier Errea Ripa. 14 de junio de 1983. 5 votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Rubro: Fideicomiso de Garantía. Efectos para el Fideicomitente.

Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 51, Parte: Cuarta, Página: 29, Amparo directo 3285/70. Guillermo Hernández Hurtado. 9 de marzo de 1973. Mayoría de 3 votos. Ponente: Rafael Villegas. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y Ernesto Solís López. Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen CIIVI, pág. 20. Amparo directo 171/65. José Refugio Dévora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Rubro: Instituciones de Crédito. Remate al Martillo. Constitucionalidad.

Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 76, Parte: Cuarta, Página: 21, Amparo directo 98/74. Mercedes Ascanio vda. de Castro. 30 de abril de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Rubro: Fideicomiso. Instituciones de Crédito. Remate.

Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 115-120, Parte: Cuarta, Página: 47
Amparo directo 3756/75. Compañía Administradora y Realizadora de Inmuebles, S.A. 13 de noviembre de 1978. Mayoría de votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Disidentes: Ramón Palacios Vargas y Salvador Mondragón Guerra. Secretario: Jesús Arzate Hidalgo.
*NOTA (1):*En la publicación original se omite el nombre del secretario y se subsana. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1978, Tercera Sala, tesis 87, pág. 59.

Rubro: Fideicomiso en Garantía, Estipulaciones Incompatibles con él.

Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época: 6ª, Volumen: XXII, Página: 275, Amparo directo 1648/54. Francisco Acosta Sierra. 9 de abril de 1959. Mayoría de 3 votos. Ponente y Disidente con el fallo de la Sala: Mariano Ramírez Vázquez.

Rubro: Fideicomiso de Garantía.

Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Época: 6ª, Volumen: XLIII, Página: 36, Revisión fiscal 342/60. Oreste Villa y coag. 18 de enero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Rubro: Fideicomiso. Venta de inmueble conforme a las Estipulaciones Contractuales.

Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 127-132, Parte: Sexta, Página: 66, Amparo directo 551/78. Central Financiera, S.A. 10 de agosto de 1979. Unanimidad de votos. Ponente: Federico Taboada Andraca.

Rubro: Fideicomiso, Titularidad de los bienes que constituyen él.

Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 97-102, Parte: Séptima, Página: 107, Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Rubro: Negocios Fiduciarios Ilícitos.

Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Época: 6ª, Volumen: CXII, Página: 87, Amparo directo 6897/59. Salvador Ortiz Meza. 31 de octubre de 1966. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Rubro: Fideicomiso, derecho de audiencia de la Fiduciaria, en el juicio hipotecario segundo en contra del Fideicomitente, respecto al inmueble objeto del contrato de.

Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Época: 6ª, Volumen: CXXVI, Página: 20. Amparo directo 171/65. José Refugio Dévora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. Quinta Época: Tomo CIII, pág. 1768. Amparo directo 4298/49/2]. Mexicana de Fideicomiso, S.A. 20 de febrero de 1950. Unanimidad de 4 votos.

Rubro: Simulación. Negocios Fiduciarios Ilícitos.

Tercera Sala, Apéndice 1985, Parte: IV, Tesis: 274, Página: 778, Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen XXVII, pág. 113. Amparo directo 6405/57. J. Jesús Camarena. 3 de septiembre de 1959. 5 votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Volumen XXXIV, pág. 153. Amparo directo 4399/59. Sara Saldívar. 29 de abril de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Volumen LV, pág. 76. Amparo directo 5964/59/2da. Ignacia Hernández de Cortés y coag. 10 de enero de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano

2.6.1.- Argumentos en contra de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución de la prenda.

- El procedimiento impide al garante ofrecer excepciones y defensas a su favor para detener el procedimiento de ejecución.
- Es un procedimiento privilegiado incompatible con las normas aplicables a los juicios mercantiles.
- La medida no es de carácter provisional que preserva la materia sobre la cual versará el fallo, la venta es definitiva y no se puede desbaratar. El procedimiento le priva al deudor / garante de la oportunidad de usar y disfrutar la cosa ya que no podría recuperarla mediante el juicio posterior, a la ejecución de la prenda, sobre la obligación principal, pues aún triunfando en éste sólo podría obtener la recuperación del producto de la venta.
- El acreedor no adquiere, por la prenda, un derecho de disposición de la cosa.

Azuela. Volumen LXII, pág. 93. Amparo directo 7131/61. María Guadalupe López Torres. 31 de agosto de 1962. 5 votos. Ponente: José Castro Estrada. Volumen LXVIII, pág. 34. Amparo directo 905/62. Ignacio Landa gallegos. 20 de febrero de 1963. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Castro Estrada. NOTA: Esta tesis se publicó en los Apéndices al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965 y 1917-1975 con el rubro "NEGOCIOS FIDUCIARIOS ILICITOS".

Rubro: La falta de concurrencia de la Fiduciaria en el Contrato de, lo hace jurídicamente inexistente.

Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Época: 8ª, Tomo: X- Octubre. Página: 339. Amparo en revisión 101/92. Valente Aldaco González y Miguel Corona Rodríguez. 7 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Alfonso Alvarez Escoto. Secretario: Francisco Olmos Avilez.

Rubro: La falta de concurrencia de la Fiduciaria en el contrato de, lo hace jurídicamente inexistente.

Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Época: 8ª, Tomo: X-Octubre, Página: 339, Amparo en revisión 101/92. Valente Aldaco González y Miguel Corona Rodríguez. 7 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Alfonso Alvarez Escoto. Secretario: Francisco Olmos Avilez.

Rubro: Prenda, Constitucionalidad del Artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece el procedimiento para la venta de la.

Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 187-192, Parte: Primera, Página: 77, Amparo en revisión 1435/83. Recubridora Villanueva de Tijuana, S.A. 26 de octubre de 1984. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón y Carlos de Silva Nava. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Volúmenes 181-186, pág. 147. Amparo en revisión 3129/83. Alberto Mérida Márquez. 10 de abril de 1984. Mayoría de 16 votos. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón y Carlos de Silva Nava. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Rubro: Legitimación en amparo. No la tiene el Fideicomisario para defender como tal en la vía constitucional, el patrimonio afectó a un fideicomiso inexistente.

Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época: 8ª, Tomo: X-Octubre, Página: 366, Amparo en revisión 101/92. Valente Aldaco González y Miguel Corona Rodríguez. 7 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Alfonso Alvarez Escoto. Secretario: Francisco Olmos Avilés.

Rubro: Fideicomiso de Garantía. Efectos para el Fideicomitente.

Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Época: 7ª, Volumen: 51, Parte: Cuarta, Página: 29. Amparo directo 3285/70. Guillermo Hernández Hurtado. 9 de marzo de 1973. Mayoría de 3 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y Ernesto Solís López. Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen CXXVI, pág. 20. Amparo directo 171/65. José Refugio Dévora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Rubro: Prenda, el Artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es inconstitucional por violación a la Garantía de Audiencia.

Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Época: 9ª, Tomo: II, diciembre del 95. Tesis: P.CXXI/95, Página: 239. Amparo en revisión 1613/94.- Jorge Amado López Estolano.- 6 de noviembre de 1995.- Mayoría de seis votos.- Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.- Secretario: José Luis Alducín Presno.

Amparo en revisión 1742/94.- María del Refugio Fragosos Valenzuela.- 6 de noviembre de 1995.- Mayoría de seis votos.- Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.- Secretario: Homero Fernando Reed Ornelas.

Amparo en revisión 184/95.- Felipe Gutiérrez Seldner.- 6 de noviembre de 1995.- Mayoría de seis votos.- Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

Amparo en revisión 201/95.- Artemisa Velázquez Verdín de Velasco.- 6 de noviembre de 1995.- Mayoría de seis votos.- Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.- Secretario: Jorge Carenzo Rivas.

El Tribunal en su sesión privada celebrada el veintitrés de noviembre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genero David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número CXXI/1995(9ª) la tesis que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia.- México, Distrito Federal, a veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. AMPARO EN REVISIÓN 1613/94. JORGE AMADO LOPEZ ESTOLANO.

¹² GÓNGORA PIMENTEL, GENARO DAVID. La Prenda Mercantil. Revista LEX, Abril 1997, páginas 5 y siguientes.

- Nadie puede hacerse justicia por propia mano. La ejecución de los contratos no puede quedar a manos de una de las partes.
- No es válido aplicar el principio *pacta sunt servanda* que está en crisis. La voluntad de las partes no puede ser la única norma, por ejemplo, el artículo 5° constitucional prohíbe contratos que sacrifiquen la libertad; el 123 nulifica contratos con jornadas inhumanas o salarios ruinosos, la enfiteusis se retiró del código civil por prestarse a injusticias, el pacto de retroventa se prohibió por lo mismo.
- Las partes pueden convenir lo que deseen pero no pueden obligar a la autoridad a actuar de alguna manera especial. La voluntad contractual no puede derogar la garantía de audiencia.

2.6.2.- Argumentos a favor de la constitucionalidad del procedimiento.

- Las necesidades ingentes del crédito mercantil justifican la institución de un procedimiento muy breve para la venta de la prenda.
- No se deja en indefensión al deudor, puede oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo. Pero no es eso lo único que puede hacer, pues la venta de la prenda regulada por el 341 no impide al deudor que promueva sus defensas en el juicio en que se juzgue sobre la exigibilidad de la obligación principal, sobre todo si los supuestos procesales de procedencia de la petición de venta no están cumplidos: vencimiento de obligación garantizada y no pago. Así se conserva la garantía de previa audiencia.
- La solicitud de la venta no es un acto ejecutado fuera de juicio ni tal ejecución es de imposible reparación porque deriva de la celebración de un contrato y no de un procedimiento en el que haya litis. No es un procedimiento que tenga forma de juicio, ni es un procedimiento contradictorio del artículo 1055 del código de comercio.
- Es una medida provisional similar a otras declaradas constitucionales (embargos precautorios y medidas de aseguramiento) Las necesidades del crédito justifican juicios que se inician con ejecución.
- La venta de los bienes dados en prenda no causa daños y perjuicios de difícil reparación en virtud de que no implica pago, ni transmisión de propiedad sobre el producto de la venta, este se conserva en garantía pues no tiene por finalidad el pago del crédito sino la sustitución de la prenda. Es una medida precautoria.
- Es válido el pacto de las partes, otorgado con su voluntad libre sin vicios, bajo el principio de la buena fe en los contratos, a sabiendas de la posibilidad de ejecución que supone el artículo 341. No se está en una materia de cuestiones sociales o de rico contra pobre típicas del derecho civil. Se está en un terreno mercantil donde las partes saben lo que hacen, donde su propósito es especulativo. Aceptar normas de una ley es consentirla, no se vale acogerse a ella en la celebración original y pedir amparo en su contra después.
- En la legislación de los montepíos tampoco aparece garantía de audiencia y nunca han sido impugnados por anticonstitucionales.
- La prenda desmiembra el derecho de propiedad. Es un acto de dominio del propietario, con ese acto se priva, primero, de la posesión y, segundo, el derecho de venderla se limita a pagar el crédito. Una vez constituida, lo que le queda es tan solo: reivindicar el derecho de propiedad pleno al pagar y el derecho a recibir

remanente, si lo hay, de la ejecución. Esto es, el procedimiento del artículo 341 no le arrebató nada, lo que tenía ya lo gravó, ya lo dio.

- El problema no es la garantía de audiencia, si el derecho que le queda al deudor prendario fuera propiedad, asunto resuelto, se viola la garantía de audiencia, pero no es ese el derecho, sino lo que queda del derecho que tuvo y del que dispuso al constituir la prenda.

2.6.3.- Consideraciones adicionales a tomar en cuenta en el caso específico del Fideicomiso en garantía.

- El fideicomitente ha dejado de tener imperio sobre la cosa fideicomitada, ya dispuso de ella, sólo le quedan derechos fideicomisarios (usualmente el derecho a la reversión de la propiedad si la obligación se cumple y el derecho al remanente de la venta del bien una vez cubiertas las responsabilidades de la obligación garantizada).
- El fideicomiso es un contrato en donde las partes concurren con plenitud de capacidad. No es un contrato de adhesión, no es un contrato que una persona celebre con ignorancia de lo que sucede, no es un contrato en donde deban aplicarse normas de protección al consumidor, quien lo celebra es porque tiene una plena conciencia de lo que está realizando.
- El fideicomiso es un acto mercantil, no se puede hablar de lesión ni convocar las disposiciones de esta figura sobre ignorancia, inexperiencia o necesidad del derecho civil.
- El procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía pudiera verse como un procedimiento convencional al amparo del 1051 del Código de Comercio y así encontrar un refuerzo a su constitucionalidad. Sin embargo el procedimiento de ejecución de un fideicomiso es algo de naturaleza distinta a la ejecución de una garantía, es hacer con el patrimonio fideicomitado lo que las partes, con pleno dominio han determinado.
- El fideicomitente o el acreedor siempre podrán exigir la responsabilidad del Fiduciario si éste no se condujo de la manera que se pactó en el fideicomiso o, en general, como *buen padre de familia*.
- Por las mismas razones el pacto comisorio en el fideicomiso de garantía es defendible. Además debe tomarse en consideración que el pacto comisorio no está prohibido ni en materia civil, ni en materia mercantil, lo único que piden ambas legislaciones es que no se celebre conjuntamente con la constitución de la garantía prendaria. (Artículos 2883 del Código Civil para el Distrito Federal - habría que buscar equivalencias en el resto de la República - y 344 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.) Ahora que como el fideicomiso de garantía no es ni una prenda mercantil ni una prenda civil, no tiene por qué estar sujeto a esas normas que refieren a un pacto posterior a la constitución.
- Para fines prácticos convendrá pactar procedimientos que den garantía de audiencia.
- Una opción manejable es pensar en algún tipo de arbitraje para controversias derivadas de la ejecución.

Finalmente las reformas posteriores a 2000 han venido a crear un procedimiento de ejecución que parece superar los problemas de constitucionalidad.

Con todo este razonamiento cabe concluir que los fideicomisos en garantía son totalmente legítimos y que los procedimientos de ejecución que las partes pacten tienen validez legal. Si alguna sugerencia de índole práctico pudiera hacerse para eludir la discusión tratada, sería el pactar procedimientos que permitan el espacio para el fideicomitente a ejercer acciones si desea demostrar que la obligación no está incumplida y que no se está en el supuesto de ejecución.

Una segunda sugerencia sería el pactar la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que se derivaran del fideicomiso y de su ejecución a fin de dar un camino más ágil a su solución, con la ventaja de poder utilizar personas informadas en la materia sobre la que versa el fideicomiso y la obligación con él garantizada.

3.- La Hipoteca sobre Unidad industrial, agrícola, ganadera o de servicios.

3.1.- Presentación del problema.

El artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito, que se repite en el artículo 50 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, ha establecido una figura de garantía cuya naturaleza, nombre y operatividad ha sido controvertida, ya que excede las figuras de garantía que tradicionalmente ha conocido nuestro Derecho.¹³

El texto del artículo, específicamente el primer párrafo, establece la posibilidad de constituir una hipoteca sobre la unidad completa de una empresa agrícola, ganadera, industrial o de servicios comprendiendo, como bienes afectos a la garantía, los bienes muebles o inmuebles, el dinero en caja y los créditos nacidos de la operación normal, sin perjuicio que éstos últimos pueden ser sustituidos en el movimiento normal de operación del negocio o empresa.

Analizar esta disposición sugiere cuestiones tales como: ¿Es posible constituir una garantía hipotecaria, con derecho de preferencia y persecución sobre bienes tan fungibles como el dinero o sobre créditos que pueden ser sustituibles?, ¿Es posible constituir una garantía hipotecaria sobre bienes de naturaleza mueble?

Las interpretaciones tradicionales de la Hipoteca no resultan de utilidad y pueden conducir a absurdos. Si se parte de la corriente de opinión (sostenida por diversos Códigos Civiles de la República) que afirma que la hipoteca sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles se enfrenta el siguiente problema:

El propietario de una empresa que se encuentra asentada en un inmueble que pertenece a un tercero, solicita y obtiene un crédito de los llamados “Hipotecas Industriales” ¿Cómo podrá constituirse la Garantía? El tercero está dispuesto a gravar el

¹³**Artículo 67.-** Las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, deberán comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad. Podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento de acreedor, salvo pacto en contrario.

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

Las hipotecas a que se refiere este artículo deberán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.

Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo, lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

inmueble, pero esta hipoteca sólo puede ser una garantía adicional ya que el dueño del inmueble no es ni socio ni propietario de la empresa, es tan sólo un tercero.

El problema está en establecer cómo constituir la garantía sobre lo que es precisamente el negocio. Los bienes que integran la empresa no son inmuebles puesto que el propietario del inmueble no es quien los ha instalado ahí para la explotación, de manera que siguen conservando su naturaleza mueble de conformidad a lo establecido en el Código Civil. Solamente queda recurrir a la figura de la prenda.

Mas la prenda mercantil (y tiene que ser mercantil por tratarse tanto de comerciantes, como de un acto de comercio) requiere, como esencia para su constitución, el desplazamiento, la desposesión, la entrega real o jurídica al acreedor de los bienes dados en prenda. Si dicha entrega se produce, el negocio no podrá funcionar como es su propósito y el financiamiento que el banco otorgue resultará inútil. Combinar una hipoteca con garantía sin desposesión pudiera ser una solución jurídica pero poco práctica por la forma de su estructuración.

En materia de financiamiento a la producción no puede imaginarse siquiera que la garantía suponga el desplazamiento, ya que es perjudicial para el deudor y en nada beneficia al acreedor.

Véase el absurdo al que se llega: Al productor agrícola, ganadero o industrial que no sea propietario del inmueble en donde se asienta la empresa es imposible otorgarle un crédito usando como garantía la propia empresa y habrá que buscar la posibilidad de usar otro instrumento crediticio los cuales no siempre son adecuados a las necesidades del cliente.

Para un problema como el analizado, más que atenerse a la doctrina de origen Francés: “*Meubles n’ont pas de suite par hypothèque*”¹⁴, podríamos buscar apoyo en la fórmula usada en los tiempos bizantinos del Derecho Romano: Ulpiano: “*Propie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum transit nec possessio ad creditorem*” (D. 13. 7. 9. 2.).

Siendo la hipoteca (caso de la legislación del D.F. y algunos otros Estados) un gravamen que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor, hay que concluir que los bienes de una empresa son susceptibles de hipoteca.

Ahora bien, para que funcione tal hipoteca, los bienes deben ser identificados, perseguibles y ello significa oponibilidad a terceros. ¿Dónde se va a registrar tal hipoteca para que surta efectos de oponibilidad? , ¿Cómo será posible identificar el dinero en caja y los créditos por cobrar, al constituirse la hipoteca, si éstos son sustituibles?

Habría que desembarazarse un poco del bagaje civilista romano-francés y buscar otros caminos que resuelvan: la naturaleza de la garantía establecida en el artículo 67 citado y problemática de aplicación práctica.

3.2.- Concepto de negociación, unidad, establecimiento, empresa, etc.

La terminología Empresa, Negociación, Establecimiento, Unidad Industrial, es usada con diversas acepciones según sea la materia o disciplina que las maneje, ciertamente el Derecho parece ser el que ha llegado más tarde a estos conceptos, y muy especialmente, el Derecho Positivo Mexicano quien les usa como sinónimo o con connotaciones peculiares según la ley en que lo menciona.

¹⁴ BONNECASE , JULIEN . Tratado Elemental de Derecho Civil. Harla. México, 1993. Página 1013.

No proporcionan las leyes y sólo con timidez los diccionarios y la Doctrina, definiciones claras de tales conceptos y, sin embargo, es importante conocer la realidad que comprenden estos conceptos, si se va a dar en garantía una “unidad”, o una “negociación”, es necesario tener idea clara de la materia de la garantía.

A guisa de ejemplo y de ubicación se citan las siguientes definiciones:

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA.- *EMPRESA....Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia.... Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.*

BOLAFFIO.- *Empresa es la organización con el riesgo inherente. Reúne tres requisitos esenciales: a) La organización de los factores de la producción; b) Que el producto se destine al cambio, y c) Que se asuma el riesgo: costo-producto/precio-venta.*

Es el modo técnico y sistemático de ejercer la industria, es una realidad no sólo económica sino jurídica puesto que los actos de la misma son de naturaleza mercantil.

OMEBA.- *Empresa es la organización técnico-económica que se propone producir, mediante la combinación de diversos elementos -naturaleza, trabajo y capital- bienes o servicios destinados al cambio, con esperanza de obtener beneficios, corriendo los riesgos del empresario, esto es, quien reúne, coordina y dirige esos elementos.*

CÓDIGO ITALIANO.- *“Azienda” es el complejo de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa.*

OMEBA.- *Fondo de Comercio: Las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, clientela, derecho a local, patentes, marcas, diseños, distinciones, honoríficas y demás derechos derivados de la propiedad industrial.*

SERRANO.- *Establecimiento mercantil es la serie de bienes instrumentales y de energías de trabajo puestos por el empresario en una relación funcional, instalados en un local de negocio de los que se vale para el ejercicio de su actividad¹⁵.*

Con lo anterior pueden dejarse sentadas algunas bases que permitan identificaciones prácticas:

Es empresario: la persona física o moral que detenta una empresa. Esto para separar el concepto de “propietario de” del de “propiedad de”. Es decir del que detenta, de lo detentado.

Si se desea intentar establecer diferencias entre los conceptos de “Empresa” y “Negociación”, o entre estos dos y los de “Establecimiento”, “Local de Negocio”, “Unidad”, etcétera, se encontraría que parece existir una tendencia a que los primeros conceptos (Empresa, negociación) tienen como diferencia específica el factor organización, mientras que los últimos constituyen tan sólo el conjunto patrimonial de los primeros.

El Artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito, así como el 50 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, mencionan créditos a “empresas industriales”.

Independientemente de la discusión terminológica e incluso de la controversia de la naturaleza jurídica de la Empresa, se puede con cierta facilidad acercarse a la realidad buscada por el legislador. Como se habla de una garantía, del contenido de la misma, tenga

¹⁵ Todas las citas mencionadas son tomadas de las fuentes mencionadas (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia, España, 1993, Enciclopedia Omeba, o de SERRANO GARCÍA, IGNACIO. La Hipoteca de Establecimiento Mercantil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975

la Empresa o la Unidad el nombre que tenga, se está haciendo referencia a cuestiones patrimoniales, a bienes en el comercio. La organización será quizá el factor aglutinante, el fundamental, estructuralmente hablando, pero no es un bien en el comercio, no es sujeto de venta, de herencia, de gravamen.

Por lo anterior, puede entenderse como Unidad Industrial (para usar el léxico del legislador) lo siguiente:

En primer lugar, un **patrimonio** (usada esta palabra en el sentido más lato posible), es decir un conjunto de bienes, corporales e incorporales que se podrían enumerar siguiendo la técnica contable de elaborar un balance.

En segundo lugar, un denominador común, un factor aglutinante que es su afectación a una **unidad de propósitos**.

Es un “patrimonio-afectación”, si no en el sentido que pudiera darse, por ejemplo, en un patrimonio familiar o en un fideicomiso, sí en vías de hecho. Supóngase que la Empresa Mercantil denominada “Tuercas y Tornillos, S.A.” (la cual tiene un patrimonio) maneja varias plantas industriales: una es una fundidora que le permite procesar su materia prima y eventualmente surtir de la misma a otras actividades económicas fuera de su seno; otra planta en donde se producen las tuercas y una última donde se producen los tornillos. Piénsese en las tres plantas independientes incluso físicamente, podría hacerse un balance de la planta de las tuercas, otro de la fundidora, etc., claro, la empresa tiene un sólo balance consolidado porque jurídicamente sólo existe como tal, el patrimonio de Tuercas y Tornillos, S.A. Sin embargo es un hecho que una parte de ese patrimonio está “afecto” a la fundidora, otra está “afecta” a la planta de tuercas y otra parte está “afecta” a la planta de tornillos; Tuercas y Tornillos, S.A., tiene tres Unidades Industriales.

Asimismo hay casos en que coincide exactamente el patrimonio de la empresa con lo que es la Unidad Industrial, es el caso más frecuente de empresas que tienen una sola planta, empresas sencillas que no se han diversificado. Esta coincidencia es la que ha producido las confusiones terminológicas mencionadas.

Esta unidad o “establecimiento” es una realidad que el Derecho conoce perfectamente en otros ramos, por ejemplo: las disposiciones sanitarias, las regulaciones Municipales, etc.

3.3.- Antecedentes históricos de las garantías reales, la hipoteca y la hipoteca sobre unidad.

El análisis histórico no se justifica por la mera razón de erudición que frecuentemente abunda cuando se trata de cualquier institución. Del análisis de lo que ha sucedido en el tiempo y en el espacio con relación al tema surgen una enorme cantidad de razones, de por qué, de explicaciones de los planteamientos de la actualidad.

3.3.1.- Derecho Romano.

Las garantías reales fueron poco favoritas de los romanos especialmente en las primeras épocas. La primera forma de garantía real conocida por los romanos fue la Fiducia, consistente en el traspaso de la propiedad, uniéndose un pacto que reservaba al deudor el derecho de repetir la cosa del acreedor. Esta garantía no suponía un desposesionamiento, el deudor seguía detentando la posesión, tanto que el deudor podría recobrar la propiedad por un camino de usurpación que recibió el nombre de usureceptio.

Como esa posibilidad de recuperar la propiedad desprotegía al acreedor se empezó a estilizar el que la posesión se conservara pero por un título de posesión precaria (por ejemplo, arrendamiento) lo que hacía imposible la usureceptio.

El **pignus** consistía en el mero traspaso de la posesión de la cosa mueble o inmueble, el cual fue garantizado por el Pretor con interdictos posesorios. La **hipoteca** aparece como un perfeccionamiento del pignus. Su primera aplicación fue respecto a los instrumentos de cultivo introducidos por el colono en el fundo tomando en arriendo (*invecta et illata*).¹⁶ Se introdujo el uso de que tales instrumentos debiesen constituir la garantía del arriendo, sin que fuesen quitados al arrendatario, y hacia el final de la república, un Pretor concedió a tal efecto un interdicto al arrendador para tomar eventualmente posesión de dichos instrumentos, en el caso de que no fuese satisfecho el vencimiento (*interdictum salvianum*). Sin embargo, tal interdicto se podía ejercitar solamente contra el colono y sus herederos, jamás contra los terceros. Otro Pretor introdujo una actio in rem, ejercitable, por tanto, contra cualquier tercero, la cual de su inventor tomó el nombre de actio Serviana, y en este punto el derecho del acreedor sobre los *invecta et illata*, se convirtió en un derecho real.¹⁷

Posteriormente el uso empleado respecto de los *invecta et illata* se entendió a otras relaciones y objetos.

Si en un principio prenda e hipoteca no difieren sino en el nombre, “*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*”. Marciano, posteriormente se reservó el nombre hipoteca para las garantías que se conservaban en poder del deudor y prenda para aquellas que se entregaban al acreedor.

El Derecho Romano conoció la posibilidad de establecer un pignus sobre universalidades, incluso sobre el patrimonio de una persona en su totalidad.

Es especialmente interesante la figura conocida como “*Pignus Tabernae*” consistente en una prenda que se constituía sobre la universalidad de cosas de un establecimiento mercantil, la prenda gravaba la totalidad y cada una de las cosas existentes en el establecimiento pero: a) quedaban en posesión del deudor y b) se extinguía la prenda sobre las mercancías que salían y las que entraban quedaban asimismo gravadas.

En conclusión:

- a) La garantía hipotecaria aparece en Roma precisamente como un instrumento de garantizar obligaciones en función de la producción (los *invecta et illata*).
- b) No era extraña la posibilidad de constituir una garantía sin desplazamiento.
- c) Era posible constituir una garantía sobre bienes que tenían una circulación comercial y que a la vez estaban considerados como una universidad de cosas.

3.3.2 - Derecho francés.

La hipoteca aparece en Francia por un camino muy similar al del Derecho Romano. Se practicaba, antes del siglo XIII una operación similar a la fiducia o enajenación fiduciaria que no era sino un pacto de retroventa. Un procedimiento posterior permitió al acreedor el derecho de embargar los bienes y venderlos, con ello el deudor conservaba la posesión de los bienes y el acreedor podría perseguirlos y venderlos, sin hacer distingo entre si eran bienes muebles o inmuebles.

¹⁶ Véase: MARGADANT, GUILLERMO F. Derecho Romano. Editorial Esfinge, S.A. 1966. Página 227.

¹⁷ Un análisis profundo de la figura del Pignus y de la Hipoteca en el Derecho Romano puede encontrarse en: DE CHURRUCA, JUAN. “Pignus”. Capítulo de la Obra : Derecho Romano de las Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1994. Páginas 336 a 386

Tal derecho de persecución llegó a considerarse una traba para la circulación de las cosas mobiliarias y como causa intolerable de inseguridad. Por ello, en algunas regiones de Francia, donde el derecho era consuetudinario, apareció una máxima que debería ser famosa: “*Meubles n’ont pas de suite par hypothèque*”, significando que los bienes muebles, por poderse vender sin formalidad, no permiten ejercer un derecho de persecución. De ahí que llegó a establecerse que los muebles no podían ser sujeto de hipoteca, disposición que llega al Código Napoleón, y por ese conducto, a muchos de los Códigos Civiles Mexicanos vigentes.¹⁸

Una dificultad que tuvieron las hipotecas en Francia fue la de su clandestinidad. Si bien en algunas regiones se llevaban registros, esa no era la norma, Colbert intenta organizar la publicidad de las hipotecas pero sin éxito en virtud de que la nobleza, fuertemente endeudada, no tenía deseos de que se hicieran públicos los gravámenes que pesaban sobre sus bienes. Tener un bien hipotecado era una ignominia.

Los gobiernos posteriores a la Revolución establecieron la publicidad de las hipotecas con lo que se vino formando el sistema hipotecario actual: La hipoteca es un derecho real, inmobiliario, especial, indivisible, público.

No obstante lo anterior, desde fines del siglo pasado, Francia ha conocido legislaciones de excepción: hipotecas sobre buques, sobre productos agrícolas, sobre mobiliario de hoteles y más recientemente la legislación que hablaba de “prenda de establecimientos mercantiles” (1° de Marzo de 1898) que fue reemplazada por la de 17 de Marzo de 1909 en la que se regula a fondo la garantía que puede constituirse sobre un establecimiento mercantil.

Es interesante señalar también que Francia ha creado toda una interesante doctrina y legislación con relación a los “privilegios”, entendiendo por tales el derecho que la calidad del crédito da a un acreedor para ser preferido a los demás acreedores. En el privilegio francés hay una afectación de un bien determinado del deudor que puede ser mueble o inmueble y que permanece en poder del deudor.¹⁹

La teoría de los privilegios llega al derecho nacional tamizada por el Derecho Español, convirtiéndose en el derecho de preferencia perdiendo su característica de garantía real y revistiendo tan solo las características de un derecho real cuando va unido precisamente al derecho real de garantía.

De estas notas sobre el Derecho Francés se sacan las siguientes conclusiones:

- a) Del Derecho Francés vienen las consideraciones sobre los bienes muebles e inmuebles con relación a las garantías.
- b) En el Derecho Francés aparece como antecedente la construcción jurídica de los privilegios como garantía real.
- c) Al conocer el Derecho Francés que el elaborado sistema de garantías que habían creado, si bien era rico en materia civil, era de tránsito difícil en materia mercantil, elaboraron sistemas adecuados para garantizar obligaciones de comerciantes de modo que resulten éstos, sujetos de crédito sin que vean congelada su fuente de producción.

¹⁸ Un análisis de la transición de la figura hipotecaria en el Derecho Francés se puede encontrar en : PLANIOL , MARCEL. RIPERT , GEORGE. Derecho Civil. Harla. México, 1996. Páginas 1173 y siguientes.

¹⁹ Artículo 2095 del Code Civil: “*Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne a un créancier d’être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires*” (El privilegio es un derecho que la calidad del crédito le da a un acreedor de ser preferido a otros acreedores, incluso hipotecarios - Traducción del autor de CODE CIVIL. Éditions Dalloz. Paris, 1996-1997)

3.3.3. - Otros Derechos.

Como parte final de este análisis comparativo cabe mencionar que en casi todas las legislaciones europeas existe, en forma más o menos elaborada, una legislación especial para tratar el problema de las garantías que deban otorgar las empresas, *aziende, fonds de commerce*, establecimientos mercantiles, etc. Si bien todos esos países han caído en la cuenta de esa necesidad y han tratado de resolverla desde ya hace un siglo, es cierto que ninguno de los sistemas parece exento de un gran número de dificultades y problemas.

3.3.4. - Los antecedentes en el derecho bancario mexicano.²⁰

1.- La primera Ley de Instituciones de Crédito en México data de 19 de Marzo de 1897, anteriormente a ella existían sólo algunas normas en el Código de Comercio que, “en su mayor parte, estaban destinadas a permanecer letra muerta” (exposición de motivos de la ley). Lo interesante de esta Ley es la creación de Bancos Refaccionarios que promueven un tipo de crédito a plazo más largo que los créditos de los bancos de emisión y “sobre todo sin garantía de la finca”. Para ello... “era preciso modificar la legislación civil, en términos tales que, la garantía prendaria pudiera constituirse con facilidad y con los debidos privilegios...” Los artículos 93 a 95 de esta Ley crean la llamada garantía específica del refaccionario, una garantía que es llamada, en esa ley, prendaria y que se constituye sin necesidad de desplazamiento.

2.- Las reformas de 19 de Junio de 1908 a esa Ley insisten, tanto en la exposición de motivos como en la redacción, en el privilegio del acreedor pignoraticio y en la facultad de intervenir la negociación acreditada.

3.- El gobierno de Alvaro Obregón emite el 29 de Septiembre de 1924 un antecedente interesante a nuestra actual legislación: La Ley sobre Bancos Refaccionarios; de esta ley se mencionan algunas disposiciones:

Artículo 1º.- *“Instituciones que otorgarán...préstamos privilegiados en forma diversa a la hipoteca...”*

Artículo 13.- *Los Bancos Refaccionarios harán préstamos:*

I- *Con garantía de bienes inmuebles...*

II- *De habilitación o avío con garantía de productos, utensilio, cosechas, etc.*

Artículo 15 - *Se precisarán los bienes dados en garantía... se consignarán en escritura pública o escrito privado... se inscribirán en comercio cuando no se afecte a inmueble alguno y se otorguen a negociaciones comerciales.*

Artículos 18 a 24 - Regulan la inscripción, la constitución por el sólo registro, el traspaso del gravamen en caso de traspaso de la negociación, las preferencias, etc.

4.- La Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de Diciembre de 1924, crea los Bancos Agrícolas e Industriales autorizándoles a celebrar operaciones similares a los Bancos Refaccionarios cuya Ley sigue en vigor.

5.- El 31 de Agosto de 1926, Calles expide una nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, la cual mantiene en general las mismas normas existentes en la antigua Ley de Bancos Refaccionarios y extiende las normas de éstos para los Bancos Agrícolas e Industriales. De esta ley merece un comentario especial en el artículo 68 que señala que “en la garantía de bienes inmuebles por préstamos refaccionarios quedaran comprendidos:”... y en cinco fracciones hace una lista de los bienes a los cuales

²⁰ Las citas a que se refiere este apartado han sido tomadas y pueden consultarse en : SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México, 1980.

se extiende la hipoteca. Se observa con esto una separación intencionada de la legislación mercantil con respecto a la civil.

6.- Un cambio curioso se perpetra a partir de la Ley General de Instituciones de Crédito de 28 de Junio de 1932. En efecto la Exposición de Motivos dice al texto: “*Es conveniente tener en cuenta que las operaciones de crédito y de banca exceden en muchos casos los términos del Derecho Común*”. De ahí prosigue explicando que en esa nueva ley se han eliminado “en lo posible” muchas disposiciones sustantivas dejando a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito dichas disposiciones. De esta ley, sobre todo por el espíritu señalado y que orienta los siguientes años de legislación, se comenta lo siguiente:

Artículo 34.- Habla de cómo constituir prendas, establece la necesidad del desplazamiento y de la entrega jurídica o real.

Artículo 36.- Crea la prenda de crédito en libros.

Artículo 231.- Establece la posibilidad del Banco acreditante de créditos refaccionarios, de avío o inmobiliarios de solicitar al Juez se le ponga en posesión de la finca “o negociación” acreditada.

7.- Tres meses después de la ley anteriormente comentada se publica la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito actualmente en vigor. La Exposición de Motivos de esta ley habla de la necesidad de prenda sin desplazamiento, de garantías “vivas” refiriéndose a los productos de un negocio, habla asimismo de garantías excepcionales.

El Artículo 214 de esta ley, al que dicho sea de paso se remite también la actual Ley de Instituciones de Crédito, habla de las garantías en las emisiones de bonos, para el caso de la prenda remite al capítulo respectivo de la propia Ley y, para el caso de hipoteca, contiene: una extensión a saldos insolutos de cupones no pagados y la posibilidad de una extinción parcial de la Hipoteca al cancelarse la obligación garantizada en forma parcial.

Además esta ley establece las garantías específicas de los créditos de Avío y Refaccionario que se constituyen en los términos y con la extensión señalada en los artículos 322 y 324, con la simple inscripción del crédito.

8.- Con la intención de promover la organización y el financiamiento de pequeñas industrias, Abelardo L. Rodríguez reforma la ley el 30 de Agosto de 1933 en una forma asaz interesante para el objeto del presente estudio:

Artículo 35.- Se ocupa ahora de la prenda y reforma el anterior 34 de corte netamente civilista y remite a los términos de la L.G.T.O.C.

Artículo 83.- Se ocupa de los créditos inmobiliarios y dice que se destinarán a la adquisición de “maquinaria y equipo destinado a ser inmovilizados o a integrar la unidad industrial”.

Tanto este artículo como algunos siguientes hacen una mención clara de cuando están hablando de inmuebles y muebles inmovilizados.

Artículo 88.- Nace la Hipoteca sobre Unidad. Se transcribe a continuación:

“Las hipotecas que en su caso, se constituyan para garantizar los créditos inmobiliarios destinados a la construcción o ejecución de obras o mejoras públicas o de servicio público, y a la construcción de ferrocarriles, podrán comprender la concesión o concesiones relativas, así como los terrenos, edificios, construcciones, plantas, vías, canales, acueductos, viaductos, redes de distribución, instalaciones, materiales y equipo de la empresa, considerada en su unidad completa, así como el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos nacidos a favor de la empresa directamente de sus operaciones.”

Las hipotecas a que este artículo se refiere, deberán ser inscritas solamente en el Registro de la Propiedad y en el de Comercio del lugar en que el deudor tenga su domicilio.

A falta de estipulaciones expresas en el contrato, se entenderá siempre que el deudor puede, sin consentimiento del acreedor, disponer de los bienes muebles o inmovilizados incluidos en el gravamen, para reponerlos o sustituirlos, y del efectivo o de los créditos para su inversión el movimiento normal de las operaciones.

Será aplicable, en lo conducente, a las hipotecas a que este artículo se refiere, lo dispuesto en el artículo 214 de la “Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.”

9.- El 30 de Agosto de 1934 el artículo 88 es reformado para aclarar la confusión del Registro de la Hipoteca sobre Unidad, refiriéndose solamente al Registro Público de la Propiedad y eliminando al de Comercio, situación que perdura.

10.- El 3 de Mayo de 1941 se crea la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Esta ley es fundamental porque crea las Financieras concentrando en estas instituciones las disposiciones de las Bancas Agrícola e Industrial previamente existentes.

Artículo 26.- Las financieras podrán conceder préstamos o créditos en garantía hipotecaria sobre fábricas, talleres o instalaciones mercantiles, industriales o con destino a la construcción de Ferrocarriles y obras de servicio público.

Artículo 31.- F VIII.- La hipoteca comprenderá el conjunto de los elementos materiales muebles e inmuebles afectos a la explotación de la empresa considerada en su unidad completa.

Artículo 36.- Se refiere a las operaciones de la Banca hipotecaria en las que, a diferencia de las financieras, se habla siempre de inmuebles y maquinaria u otros objetos inmovilizados.

Artículo 111.- La prenda se constituirá en los términos de la L.G.T.O.C.

Artículo 124.- Hipoteca sobre Unidad: *“Las hipotecas constituidas a favor de las sociedades financieras sobre la unidad completa de una empresa fabril o mercantil a que se refiere la fracción VII del artículo 31, deberán comprender la concesión o concesiones respectivas, en su caso, todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación considerados en su unidad; y además podrá comprender el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, nacidos directamente de sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del deudor, salvo pacto en contrario.*

La referida hipoteca podrá constituirse en segundo lugar, si el importe de los rendimientos netos de la explotación, libres de toda otra carga, alcanza para cubrir los intereses y amortización del préstamo.

Las hipotecas a que se refiere este artículo deberán ser inscritas claramente en el Registro de la Propiedad, del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.

Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo, lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.”

Artículo 139.- Facultad de solicitar la posesión de la finca, empresa o negociación para cuyo fomento se hubiere otorgado el préstamo.

11.- El 11 de Febrero de 1949 aparecen algunas reformas interesantes:

Artículo 26. F. X.- Se redacta facultando a las Financieras a dar los Créditos que la práctica Bancaria conoce como Hipotecas Agrícolas, Ganaderas o Industriales.

Artículo 28 F. VIII.- Reglamenta los créditos del Artículo 26 F. X remitiendo al Art. 124.

Artículo 124.- Sufre algunos ajustes en especial respecto de los casos a utilizarse. He aquí el texto:

“Las hipotecas constituidas en favor de la sociedad financiera sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola o ganadera a que se refiere la fracción X del artículo 26 o para garantía de empréstitos públicos o de créditos otorgados para la construcción de obras o mejoras de servicio público deberán comprender la concesión o concesiones respectivas, en su caso, todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación considerados en su unidad; y además podrán comprender el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, nacidos directamente en sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario”.

La exposición de motivos de estas reformas indica que la intención ha sido buscar un refuerzo a la actividad Financiera impulsando el trabajo de estas instituciones en favor de la industria. En razón a ello se autoriza a la Banca de Depósito conceder Créditos de Avío y Refaccionarios así como se reglamenta el crédito con Hipoteca sobre Unidad. A fin de reforzar la labor de las Financieras se pretende que los bonos que las mismas emiten, estén sólidamente respaldados, tal es la razón de las garantías sobre las empresas.

12.- Las reformas de 27 de diciembre de 1954 introducen en el artículo 28 F. VIII la posibilidad de constituir la Hipoteca en segundo lugar y el artículo 125 prevé la no desposesión de la prenda.

13.- Las reformas de 29 de Diciembre de 1956 que reestructuran el artículo 125 en sus fracciones I a IV , pretendieron hacer más ágil el mecanismo de los créditos y los financiamientos de capitales de trabajo y adquisición y reposición de equipos de empresas agrícolas, ganaderas o industriales. Por ello la reforma comentada tendió a facilitar el otorgamiento de Avíos, Refaccionarios e Hipotecarios de Financieras, reduciendo su costo.

14.- El 27 de diciembre de 1978 se reforma el artículo 124 para incluir a la banca múltiple como entidad que puede recibir en garantía estas hipotecas sobre unidad.

15.- La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (Diario Oficial de 14 de Enero de 1985, en vigor al día siguiente) recogió la disposición del artículo 124 y la plasmó, artículo 51, en los términos que se conoce en la disposición vigente arriba transcrita.

16.- El 15 de enero de 1985 inicia su vigencia la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, segregada de las Instituciones de Crédito, en la que se contiene el texto vigente del artículo 50 que contiene la figura en cuestión. El 19 de julio de 1990 entra en vigor la Ley de Instituciones de Crédito en la que aparece el artículo 67 tal como se halla vigente.

17.- Reformas de 23 de mayo de 2000.- El Diario Oficial publicó en esta fecha una serie de reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que tenía por objeto la creación de una figura de prenda sin desplazamiento de la posesión y la regulación de los fideicomisos de garantía. Fundamentalmente el propósito era crear un equivalente a las garantías específicas de los créditos de avío y refaccionario de modo que el comerciante

acreditado pudiera utilizar su empresa, constituida por los bienes que ordinariamente forman parte de su activo en operación, como garantía para respaldar los créditos que se recibían. El fideicomiso de garantía, en esta versión, pretendía dar un camino de alternativa para apoyar los financiamientos a la vivienda que habían sido un tema de crisis en la década previa.

Esta reforma fue mal recibida por el medio financiero, al grado que pronto se inició un movimiento para lograr una nueva reforma a la legislación. Paralelamente, México participaba en foros internacionales donde se discutían leyes modelos sobre el tema.

18.- Reformas de junio de 2003.- Estas reformas redondearon las normas que rigen el fideicomiso de garantía (según quedó descrito en el apartado precedente) y reforzaron las disposiciones relativas a la prenda sin desplazamiento y su tratamiento procesal (en el apartado siguiente se describirá la figura). El resultado es que México tiene un sistema que contempla el uso de garantías mobiliarias como un apoyo al financiamiento.

19.- La convención de la OEA.- En el año de 2002, la Organización de Estados Americanos culminó el proyecto de elaborar una Ley Modelo Interamericana de Garantías ofreciendo a los países miembros (México entre ellos) un esquema de manejo de garantías mobiliarias, basadas para su seguridad jurídica fundamentalmente en su publicidad y en un sistema de ejecución muy ágil. El documento ha sido guardado por México solamente como un referente sin decidirse a adoptarlo en su totalidad y discurriendo por sus particulares caminos. Dice Leonel Péreznieto, participante por México en los trabajos de discusión y aprobación de dicha Ley Modelo: “ ... (la reforma a las garantías mobiliarias)... , *nuevamente comete el error de la Ley anterior, prever figuras jurídicas ampliamente aceptables dentro del derecho mexicano y prácticamente desconocidas en el extranjero y sobre todo con unos costos de transacción muy elevados, como es el caso del fideicomiso, cuando la solución está, en primer lugar en la uniformidad y por consiguiente en la certeza de las instituciones de que se habla, segundo que se requiere un modelo de ley que abarate los costos de las operaciones dada la competencia internacional.*”²¹

Conclusión que puede sacarse de este análisis histórico-legislativo :

La creación legislativa surgida desde la era Porfiriana revela que el legislador mercantil mexicano ha estado dispuesto a crear sistemas de garantías sui generis adecuadas a las necesidades del tráfico mercantil. Tal es el caso de las “garantías específicas” de los créditos de Avío y Refaccionario, de la Hipoteca sobre Unidad y de la Prenda sin desplazamiento de la posesión..

3.4.- La figura de la hipoteca sobre unidad.

Afirmar que la Hipoteca sobre Unidad consagrada en el artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito y 50 de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, es una figura diversa y excedente a la consagrada por el Derecho Civil, es grave pero tiene los siguientes fundamentos:

En primer lugar asisten todas las razones que se derivan del análisis histórico precedente.

En segundo término, es necesario observar que cuantos países han llegado a esta creación lo han hecho a través de figuras independientes y legisladas autónomamente, unos

²¹ Péreznieto Castro Leonel. La Ley Modelo Interamericana Sobre Garantías Mobiliarias. Artículo en Revista de Derecho Internacional Privado.

le llaman “Hipoteca de Establecimiento Mercantil”, otros “Prenda sobre Fondos de Comercio”, etc. Es decir crean una regulación positiva autónoma, manteniendo las designaciones de Prenda e Hipoteca como nombre genérico de garantía y luego destruyen las diferencias específicas entre ambas: la categoría mueble o inmueble de los bienes sobre los que recae y la necesidad o no de su desplazamiento al acreedor.

En tercer sitio, la agilidad de las operaciones mercantiles lleva a la necesidad de crear instrumentos ágiles, económicos, prácticos para resolver las necesidades de la operación que les es peculiar.

Es curioso como Bolaffio, quien por una parte se inclina a que el sistema de regulación jurídica sea universal en el Derecho Privado, eliminando las diferencias entre derecho Civil y Mercantil, opina lo siguiente:

“El propósito de los industriales y comerciantes, al elaborarse un derecho propio, era el de conseguir la máxima libertad y seguridad y la mayor rapidez en la conclusión y en la ejecución de los contratos, con las menores formalidades y gastos

Pues bien, a este resultado tienden, en la organización económica moderna, todas las relaciones e instituciones jurídicas que afectan a los intereses patrimoniales, en la necesidad común de todos los productores de acrecentar la producción por medio del crédito.”²²

Incluso la eficiencia mercantil va más allá de las relaciones entre banco acreditante y comerciante acreditado, recuérdese a tal efecto que una de la razones que motivaron las reformas de la legislación sobre la Hipoteca sobre Unidad fue la de producir un refuerzo de garantías a los bonos financieros que se colocaban ante el público inversionista. Ello revela que tal Institución no sólo va en función de una mayor agilidad al crédito destinado a la producción sino además al sistema financiero en general.

En cuarto lugar puede afirmarse que el mero Derecho Civil es insuficiente para explicar la figura de la Hipoteca sobre Unidad.

En efecto, si para poder constituir la hipoteca sobre unidad se requiriese, como quedó comentado, que el acreditado fuese dueño de la instalación (maquinaria, muebles, etc.) y del inmueble, ¿Qué objeto tendría la existencia de los artículos 67 y 50 comentados? El único sería la posibilidad de extender la hipoteca hacia los créditos y el dinero, lo cual, a decir verdad, es lo menos valioso de la figura, cuando una garantía de éstas se va a ejecutar es porque ya no existen ni unos ni otro.

El problema de la identificación de los bienes sobre los que la hipoteca se extiende es igualmente dificultoso cuando es el mismo propietario. ¿Deben relacionarse?, ¿Cómo inscribirse si no tienen mas partida registral que la del inmueble base?, ¿Qué sucede si el propietario desafecta el mueble de la finca? Estos problemas que son igualmente graves en la Hipoteca sobre Unidad reciben, en este último caso, el atenuante, de que el acreditante cuidará al menos una prolija descripción de los mismos.

Si se admitiera que lo único que hace es establecer una extensión más de la hipoteca, en la forma como lo hacen los artículos 2896, 2897 y 2898 del Código Civil para el Distrito Federal, resultaría que la figura de la Hipoteca sobre Unidad sólo sería aplicable para los Comerciantes que son dueños del inmueble donde tienen establecida su empresa, lo cual francamente repugna.

Y repugna porque el artículo no dice: “*Comprenderá además*”, es decir, estableciendo una extensión, sino que dice: “*Deberá comprender: Las concesiones en su*

²² LEÓN BOLAFFIO. Derecho Mercantil. Editorial Reus, S.A. 1935.

caso, los elementos materiales, muebles o inmuebles y podrá comprender el dinero y créditos”. O sea, es requisito esencial para constituir la Hipoteca sobre Unidad los elementos materiales muebles o inmuebles (en forma disyuntiva y no copulativa). Es decir, para hipotecar tales muebles no se sigue el camino civil de la accesoriedad (inmuebles por destino) sino porque la ley lisa y llanamente lo autoriza, independientemente de su inmovilización.

En quinto y último término, es menester no escandalizarse de una figura que resulte diferente a la hipoteca tradicional, la doctrina y un gran número de legislaciones conocen figuras novedosas de hipoteca, en las que se fracturan los conceptos tradicionales de la hipoteca. Por ejemplo: La hipoteca de propietario, en la cual no existe, a su constitución, un acreedor con derecho principal; La hipoteca de responsabilidad limitada, en la que el acreedor sólo puede ejecutar el bien hipotecado y no el resto del patrimonio del deudor; Hipotecas en las que no se determina el monto de lo garantizado y sólo se establece un tope; hipotecas en garantía de determinadas obligaciones que pueden darse o no; etc.

Descripción de la figura:

Antes de describir la figura jurídica denominada Hipoteca sobre Unidad, es menester dejar precisado el vacío enorme de la ley respecto de la reglamentación y efectos prácticos de la figura. Ese vacío es el que lleva por fuerza a usar, como supletorias, las normas del derecho común y lo que produce la impresión de no tratarse de una figura sui generis. Además, las normas del derecho común no llenan las necesidades de la figura. Es menester una mayor legislación sustantiva, adjetiva y registral que permita una operatividad cómoda a la figura.

Mientras no exista esa legislación, los caminos de agilidad que se pretenden lograr con la Hipoteca sobre Unidad, difícilmente son realizables, produciéndose quizá mayores trastornos.

Notas características de la figura:

1.- La Hipoteca sobre Unidad es un contrato (requiere de la concurrencia de voluntades); accesorio (está ligado a un crédito); de garantía real (afecta determinados bienes al pago de una obligación). Éstas, como normas de género próximo, en nada difieren de la hipoteca civil, pero como diferencias específicas se encuentran: su mercantilidad, la reducida lista de casos en que puede darse, los sujetos que intervienen y las demás características que a continuación se explican.

2.- Sujetos que intervienen.- Necesariamente una Institución u Organización Auxiliar de Crédito como acreedor. (Esta figura podría extenderse en el futuro a todos los intermediarios que concedan crédito)

Como deudor, el empresario de una “negociación” agrícola, ganadera, industrial o de servicios.

3.- Finalidad.- Permitir el otorgamiento de crédito a la producción en una forma ágil. Originalmente esta figura tuvo dos razones:

- a) En el crédito a la producción, cuando los ciclos productivos exigen largos plazos; con la ventaja de poder conjuntar en un solo financiamiento los destinos y posibilidades que son típicos del Avío por un lado y del Refaccionario por otro.
- b) El financiamiento de obras de servicio público que requieren plazos largos y que usualmente no son sujetos de otro tipo de créditos.

La regla de oro del financiamiento es la comprendida en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito que parte de la base de que los financiamientos deben basarse más

en la viabilidad económica de los proyectos y de las empresas que en un sistema de garantías tipo Monte Pío. En ese sentido el que la empresa pueda ser suficiente, por sí misma para recibir el crédito y garantizarlo es más congruente.

4.- Bienes que comprende.- Desde luego la “unidad” tal como quedó definida: comprende todos aquellos bienes afectos a un mismo propósito de producción. Es lo que los romanistas llaman “*universitates rerum o facti*” y que son, a decir de Bonfante, “las aglomeraciones de cosas no unidas materialmente, pero que, sin embargo, se pueden considerar como un objeto único, ya que, siempre desde el punto de vista económico social tienen esencia distinta en su totalidad”.²³

La norma legal habla de: “*la concesión o autorización respectiva, en su caso; de todos los elementos materiales muebles e inmuebles afectos a la explotación... el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos... originados por sus operaciones*”. La redacción podría ser más precisa pero permite el siguiente análisis.

Cuando se habla de “elementos materiales” puede llegar a pensarse que se están excluyendo todos los llamados bienes incorpóreos como pueden ser el crédito comercial, los derechos de un contrato de arrendamiento, las concesiones, las marcas, el nombre, etc. Ello no es así por dos razones: la primera es que el supuesto base de la garantía es “la unidad completa”, la “*universitas rerum*” y el resto del artículo son precisiones del contenido de dicha expresión sin que de ninguna manera pretenda ser exhaustivo; la segunda es que la legislación no ha dado mayor trascendencia a la división de los bienes conforme al criterio de su corporeidad.

Esto es, una primitiva clasificación de los bienes fue su división entre bienes corpóreos e incorpóreos, dentro de la primera clase aparece como subdivisión la de los bienes muebles o inmuebles, ya que el criterio clasificador de este último grupo es su cualidad de desplazamiento físico, desplazamiento que sólo es peculiar de los bienes corporales. Sin embargo, a partir del Código Napoleón, la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles se convierte en una suma divisional que comprende a su vez a los bienes corporales e incorpóreos a los que se les distribuye ora como muebles, ora como inmuebles. Por ello, no hay dificultad para que se incluya dentro de la materia de la garantía bienes que, a fin de cuentas son muebles o inmuebles.

Como la Hipoteca sobre Unidad es una garantía real, es decir que recae sobre objetos determinados para que con su valor se pague lo adeudado, será necesaria la identificación clara de los mismos, lo cual en un negocio que tiene ciclos, en el que la producción supone sustitución constante, es francamente problemático.

Por eso, al constituirse la garantía, deberá hacerse una enumeración prolija de los inmuebles con sus medidas y colindancias, datos de adquisición y registro, de los muebles conforme sus colores, modelos, marcas, números de series, de los inventarios especificando montos, modelo; de los créditos por cobrar con sus relaciones analíticas y así sucesivamente. La técnica contable de los balances puede ser de gran utilidad práctica, pues es una forma de describir todos los bienes cuantificables en dinero, desde un inmueble, hasta una marca o el crédito comercial.

Como es lógico los bienes de activo circulante estarán rotando durante el tiempo de vigencia de la hipoteca por lo cual su identificación inicial sólo puede ser una referencia, la verdadera identificación sólo aparecerá en el momento de ejecutar la garantía. Esta es una diferencia fundamental con la hipoteca civil, en ésta el derecho de persecución es absoluto,

²³ BONFANTE, PIETRO. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus, 1955. Página 243.

por ello la identificación debe darse total desde un principio. En el caso de la Hipoteca sobre Unidad hay unos bienes (principalmente lo que es activo fijo) que siguen la misma norma, pero otros son sustituibles y por lo mismo no perseguibles sino hasta el momento en que la garantía se ejecuta.

En este tema puede invocarse el auxilio de la teoría de los privilegios mencionada al hacer el análisis histórico comparativo, de modo que sobre los bienes que por su naturaleza son sustituibles habrá un privilegio, un derecho de preferencia en el momento de ejecutar la garantía de una manera similar al que tiene el hospedero sobre los equipajes de sus huéspedes para garantizar el importe del hospedaje.

Se podrá alegar que la sustracción de bienes, fijos o circulantes, es de un enorme riesgo en esta figura. Ello es cierto, pero lo mismo puede pasar en una garantía o en otra, las conductas dolosas tienen su trato en la ley y conforme a la misma deberá procederse. Al fin de cuentas, formas de violar la ley hay muchas, de cumplirla sólo hay una y es la que nos interesa.

5.- Extinción parcial.- Por la remisión que se hace al artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede pensarse que la extinción parcial del crédito puede permitir la cancelación parcial de la Hipoteca sobre Unidad. Realmente resulta difícil de digerir que si se está constituyendo una hipoteca sobre una universitas pueda dársele a alguna parte un tratamiento diferente al que estamos dando al todo. El principio de la indivisibilidad de la hipoteca civil parece que, en este caso, debe mantenerse con mayor solidez.

El artículo 214, que se refiere a las garantías en el caso de emisión de obligaciones, seguramente consideró que pudiera ser posible, para garantizar la emisión, la hipoteca sobre varias fincas, por ello al irse cancelando la emisión, pueden cancelarse parcialmente las hipotecas en los términos del artículo 2912 del Código Civil. La intención pudo haber sido, por el contrario, establecer definitivamente el principio de divisibilidad de la Hipoteca, rompiendo con otra de las normas de la hipoteca civil.

Ahora bien, en el terreno de lo práctico, es una necesidad muy común de los clientes de las Instituciones de Crédito el que soliciten “la liberación” de algunas garantías cuando el crédito ha sido cubierto parcialmente, con el fin de contar con nuevas garantías para respaldar financiamientos supervenientes no siempre concedidos por la misma Institución de Crédito.

La “*universitas rerum*” se define como una aglomeración de cosas no unidas materialmente, es el caso de una yuxtaposición de modo que uno de los bienes podrá “desaglomerarse”, a fin de que contractualmente quede liberado del gravamen que pesa sobre el conjunto. A decir verdad, esta situación se ve con cierta frecuencia en la práctica.

Por otra parte la remisión hecha al 214 más puede haberse hecho en función de la extensión de la garantía a todos los saldos, aún supervenientes, de las obligaciones garantizadas.

6.- Formalidad.- No existe entre los artículos que tratan la figura de la Hipoteca sobre Unidad una norma que se refiere a la forma del contrato (con la sola excepción que delante se enuncia) por lo que habrá que emigrar al derecho común en forma supletoria, para encontrar la necesidad de la escritura pública pues por imperio del artículo 79 del Código del Comercio hay actos que para su eficacia requieren de determinada forma según lo dispongan las leyes del caso. (En este caso el Código Civil, véanse como ejemplo los artículos 2917, 2317 y 2320 del Código Civil para el Distrito Federal)

La única excepción a la escritura pública, está prevista en el artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito cuando se refiere a los créditos de avío y refaccionarios, en cuyo caso se pueden establecer garantías reales sobre la unidad, con las características del artículo 67 sin satisfacer más formalidades que el contrato privado, ante testigos, con firmas rectificadas por un fedatario.

7.- Registro.- Para que una garantía real sea efectiva, al acreedor requiere, o tenerla bajo su posesión, de modo que no pueda ser distraída; o que todo el mundo esté enterado de la garantía, de modo que no pueda ejecutar nada sobre la cosa pasando por el derecho del acreedor. Para este último fin funcionan los principios del Registro Público.

Las leyes ordenan que las Hipotecas sobre Unidad “... *deberán ser inscritas claramente en el Registro de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.*” Esta mención de inscripción es la mayor pobreza de la legislación en materia de Hipoteca sobre Unidad.

Supóngase el caso de que en la unidad se comprende un inmueble (propiedad del mismo empresario), la hipoteca se registra en la partida correspondiente al inmueble y hasta ahí no hay ningún problema. ¿Qué sucede con las maquinarias y otros activos fijos? Por el principio de accesoriedad que rige a los bienes muebles - inmuebles por destino -, quedarán afectos a la garantía, aún cuando no exista constancia alguna de cuáles son. ¿Qué sucede con los activos circulantes, disponibles y diferidos? Quizá algunos, por ejemplo inventarios, puedan ser considerados como “utensilios destinados a la explotación” y entonces asistirles el mismo trato. Todo lo demás queda deficientemente registrado de modo que los terceros no podrán fácilmente conocer su afectación.

Si en la Unidad no se comprende un inmueble, la situación parece ser más grave, ¿En qué partida se inscribe la hipoteca sobre unidad?

La inscripción en Comercio puede dar una conveniente seguridad por las siguientes razones:

El Código de Comercio dispone en materia de Registro: “18.- *En el Registro Público de Comercio se inscriben los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran.*”

La operación del Registro Público de Comercio está a cargo de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, (Hoy Secretaría de Economía) en adelante la Secretaría, y de las autoridades responsables del registro público de la propiedad en los estados y en el Distrito Federal, en términos de este Código y de los convenios de coordinación que se suscriban conforme a lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para estos efectos existirán las oficinas del Registro Público de Comercio en cada entidad federativa que demande el tráfico mercantil.”

En consecuencia, algunos Estados de la República tienen organizado su Registro Público de la Propiedad, de tal manera que el de Comercio no es sino una Sección de aquél, organizada en los términos de los convenios que celebre el Estado con la Secretaría. Así las cosas, podría llegarse a estructurar una línea de razonamiento en el sentido de que cuando se habla del “Registro de Propiedad” se está refiriendo en términos genéricos y dentro de ellos cabe la inscripción en Comercio. Sin embargo esto no es la norma ni un razonamiento con mucha fuerza, pues en realidad se trata de la existencia de dos Registros completamente diversos. En esta línea puede recordarse que una de las reformas que sufrió el antecedente artículo 124 fue el de suprimir la mención del Registro de Comercio.

Ahora bien, el Registro Mercantil es público por disposición del artículo 30 del Código de Comercio y no podrá rehusarse la inscripción en él de los documentos mercantiles que se le presenten (artículo 31).

¿Qué sucederá si se inscribe en Comercio un contrato de crédito con garantía de Hipoteca sobre Unidad en la que no haya un bien inmueble? En primer lugar, deberá inscribirse por mandato del artículo 31 del Código de Comercio, en segundo lugar, todo el mundo quedará enterado de la celebración del acto jurídico por el principio de publicidad del registro, ya que la publicidad opera tanto como apertura de libre acceso a todo el mundo, como para establecer la presunción *juris et de jure* de que todo mundo conoce lo ahí anotado.

Contra esta afirmación existe una argumentación en contra: “ El único registro que es eficaz para surtir efectos de publicidad es el expresamente ordenado por la ley, no estando expresamente ordenado por la ley el Registro en Comercio y existiendo un antecedente histórico legislativo de supresión en el texto legal de la mención en dicho registro, la inscripción en comercio aún cuando sea posible, no para perjuicio a terceros”.

Contra argumento tan sugerente, cabe pensar que cuando el legislador mexicano suprimió del artículo 124 la obligación de inscribir en Comercio, no lo hizo para prohibir esa posibilidad sino por otras dos razones: en primer lugar para mejorar la redacción del mismo, pues antes rezaba que la Hipoteca sobre Unidad debía inscribirse “solamente” en el Registro de la Propiedad “y” en el de Comercio; en segundo lugar porque a la sazón, la legislación bancaria era profusa en obligaciones registrales (Propiedad, Comercio, Crédito Agrícola) y se pretendía orientar la inscripción de manera menos confusa. Además la reforma de que hablamos no se produjo en la actual Ley de Instituciones de Crédito sino en la Ley de 1932.

Por otro lado, la ley ordena la inscripción, si existe un inmueble formando parte de la unidad no hay problema, habría que inscribir en Propiedad y tomar razón en Comercio de dicha inscripción²⁴ pero ya se vio que la existencia de un inmueble no es indispensable para la existencia de esta figura, ¿dónde inscribir?

El artículo 23 del Código de Comercio dispone que la norma es inscribir en el domicilio del comerciante pero si se trata de bienes raíces o derechos reales sobre ellos la inscripción se hará, además, en la oficina correspondiente a la ubicación de los bienes, salvo disposición legal que establezca otro procedimiento. Sin embargo la norma no dice nada sobre bienes muebles que integren la Unidad Industrial. El Registro de la Propiedad, por su parte, no tiene posibilidad de inscribirla porque no tiene donde hacerlo, es un Registro de materia civil y no mercantil.

Hay una laguna de la ley que debe ser colmada.

La laguna debe colmarse conforme a la técnica de la integración de la Ley con el argumento analógico *a pari* invocando el Artículo 326 fracción IV de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dispone para créditos de avío y refaccionarios la inscripción en Comercio cuando en la garantía no se incluye la de bienes inmuebles, así como el 366 de la misma Ley en materia de Prenda sin Transmisión de Posesión y sus correspondientes normas reglamentarias. (Artículos 30 a 35 del Reglamento del Registro Público de Comercio en materia de registro de prendas sin transmisión de posesión).

²⁴ Código de Comercio. Artículo 22.- Cuando, conforme a la ley, algún acto o contrato deba inscribirse en el Registro Público de la Propiedad o en registros especiales, su inscripción en dichos registros será bastante para que surtan los efectos correspondientes del derecho mercantil, siempre y cuando en el Registro Público de Comercio se tome razón de dicha inscripción y de las modificaciones a la misma.

El uso de la analogía es adecuado porque entre la Hipoteca sobre Unidad por un lado y los Avíos y Refaccionarios, así como la Prenda sin Transmisión de Posesión por otro, existen notas suficientes en común y las diferencias que hay, abundan en la razón de dar seguridad jurídica a la Hipoteca sobre Unidad inscribiéndola en Comercio.

En suma, las Hipotecas sobre Unidad deberán registrarse, si hay inmuebles, en la partida de Propiedad del inmueble con anotación en el Registro de Comercio (artículo 22 del Código de Comercio) a fin de que quede cubierta la totalidad de bienes sobre los que recae el gravamen. Si no hay inmuebles, bastará su registro en el Registro de Comercio.

Una acotación más. Algunas empresas disfrutan de concesiones, o autorizaciones que pueden requerir, conforme a la ley particular que les rige, que los gravámenes sobre las mismas sean autorizados por alguna dependencia oficial, o bien, que sean anotados en algún registro peculiar. Será menester conocer tales circunstancias para proceder en consecuencia.

8.- El caso de los empréstitos públicos y obras de servicios público.- La Hipoteca sobre Unidad puede ser empleada en créditos para construcción de obras o servicios públicos.

Por disposición del artículo 770 del Código Civil del Distrito Federal, los bienes destinados a un servicio público son inalienables e imprescriptibles en tanto no se les desafecte del servicio. ¿Querrá ello decir que son ingravables?

De un análisis de la Ley General de Bienes Nacionales se desprende que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, mientras no varíe su situación jurídica; dentro de los bienes de dominio público se encuentran los destinados a un servicio público y, dentro de éstos, a los inmuebles que constituyan el patrimonio de los organismos públicos de carácter federal. Sólo respecto de estos últimos bienes, se encuentra la posibilidad de ser gravados y eso con autorización expresa del Ejecutivo Federal.

¿Cómo pretende la Ley de Instituciones de Crédito que se financie una construcción de obras recibiendo en hipoteca quizás una carretera, un muelle, una zona arqueológica, el Palacio Nacional, etc.? y sin embargo es bien factible que el Estado requiera financiamiento para hacer obras en cualquiera de esos sitios, que no es posible gravar a menos que se les desafecte y hay casos en que la desafectación es imposible, a menos que se reforme el artículo 27 Constitucional.

Las legislaciones específicas de los diversos servicios públicos establecen algunas normas sobre el gravamen de concesiones y autorizaciones a las que habrá que referirse para cada caso particular. Un buen ejemplo es la Ley General de Vías de Comunicación y sus reglamentos.

Este es pues otro caso donde la legislación resulta definitivamente flaca.

3.5 Conclusiones

1.- La Hipoteca sobre Unidad, a que se refieren los artículos 67 de la Ley de Instituciones de Crédito, 50 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es una figura sui generis.

2.- Los antecedentes históricos, extranjeros y nacionales; el derecho comparado, la agilidad necesaria en las operaciones mercantiles; la insuficiencia del Derecho común para explicar y hacer operativa la figura, son argumentos que apoyan la conclusión primera.

3.- La Hipoteca sobre Unidad es un contrato mercantil, accesorio, de garantía real; que puede usarse sólo en las operaciones y entre las personas limitativamente determinadas por la ley; constituido sobre el conjunto de bienes de una empresa aglutinados por su común afectación a un propósito productivo, sin que se requiera por necesidad la existencia de un bien inmueble; generalmente otorgado en escritura pública, aunque en ocasiones admite el escrito privado; que puede recibir extinción parcial y que debe ser inscrito en el Registro Público, para surtir efectos contra terceros.

4.- En el establecimiento de la Hipoteca debe hacerse un prolija descripción de los bienes que abarca e inscribirse, si hay inmuebles, en el Registro de Propiedad con anotación en Comercio; si no los hay, deberá inscribirse en Comercio.

5.- La legislación que se ocupa de la Hipoteca sobre Unidad es deficiente. Es menester una legislación que concentre las disposiciones actualmente existentes, que tome en cuenta las instituciones similares en otros cuerpos legales del país y que reglamente los aspectos sustantivos, adjetivos, registrales y administrativos de la figura. En tanto no se cree esta estructura legislativa, el uso de la Hipoteca sobre Unidad puede producir beneficios más bien raquíticos.

4.- La Prenda sin Transmisión de Posesión.

Dados y explicados los antecedentes que históricamente se han dado para la llegada de la figura, se procede a continuación a describir su estructura y funcionamiento derivada del capítulo ex profeso que aparece en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.1.- Definición dogmática.

La Prenda sin Transmisión de Posesión constituye un derecho real, especie del género prenda y es un contrato de naturaleza mercantil (la normatividad supletoria es siempre mercantil).

4.2.- Bienes objeto de la prenda sin transmisión de la posesión.

Como la idea de esta garantía es que el patrimonio de un comerciante le sirva, como unidad, para apoyar la obtención de crédito, de la misma manera que sucede en las garantías específicas de los créditos Refaccionarios, de Habilidad o Avío o en la comentada Hipoteca sobre Unidad, los bienes que ordinariamente pueden ser la materia de esta prenda son toda clase de derechos y bienes muebles que obran en dicho patrimonio del deudor y que están afectos a la actividad mercantil a la que se dedica, por eso se incluyen nombres comerciales, marcas y otros derechos y los similares tanto existentes a la hora de constituir la prenda como los que se adhieran a esa “masa” posteriormente. Se incluirán los frutos o productos de dicho patrimonio y los bienes que resulten de los procesos de transformación que el comerciante realiza con su patrimonio, los que reciba en pago de la enajenación de sus productos o con motivo de indemnizaciones.

Dichos bienes deben identificarse a menos que se pignoren como una colectividad (“todos los bienes que use en su actividad preponderante”) en cuyo caso la identificación debe ser genérica.

Se trata de una prenda exclusiva, los bienes afectos a ella no admiten que se usen como materia de otra garantía prendaria o de cualquier otro tipo (es decir, no puede coexistir con un avío o con un refaccionario relativo a los mismos bienes) Lo que sí puede

es, si toma un nuevo financiamiento, ofrecer en garantía al nuevo acreedor los bienes que adquiriera con el nuevo crédito.

Si los bienes disminuyen su valor o se pierden pueden ser reemplazados por otros a criterio del acreedor quien también podría dar por vencido anticipadamente su crédito.

Si los bienes deben asegurarse, el deudor será libre de seleccionar la compañía aseguradora, el beneficiario será el acreedor quien aplicará al adeudo lo recibido por motivo del seguro y si hay un *superfluum* se devuelve al deudor.

Los bienes podrán ser inspeccionados por el acreedor.

No es indivisible, la garantía se reduce a paso y medida que se reduce la obligación adeudada con pagos parciales y bienes que admitan cómoda división. Congruencia con el propósito crediticio al que sirve.

4.3.- Posesión y disposición de los bienes pignorados.

La posesión queda, por regla general, en manos del propio deudor prestatario quien es responsable de los gastos necesarios para su conservación. Puede transmitirla sólo con autorización del acreedor sin cuyo requisito serán consideradas de mala fe. Especialmente se requiere autorización del acreedor para enajenar los bienes a personas de las llamadas “relacionadas”, so pena de ser consideradas nulas pudiendo incluso detonar vencimiento anticipado de la obligación garantizada

El deudor prestatario, mientras no se inicie el procedimiento de ejecución, puede seguir usando los bienes pignorados en el propósito de su negocio, es decir usarlos como materia prima para su actividad, recibiendo los frutos y productos de los mismos; puede enajenarlos en el curso ordinario de su negocio en cuyo caso lo que reciba se sustituye en el gravamen prestatario. Si los bienes pignorados representan más del 80% de los activos del deudor, la enajenación requerirá la previa autorización del Juez o del acreedor, según sea el caso.

4.4.- Obligaciones garantizadas.

Persigue garantizar el cumplimiento de una obligación incluso con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique el deudor. La obligación garantizada puede ser determinable a su constitución pero deberá ser forzosamente determinada al momento de la ejecución. En la obligación se incluyen, como cláusula natural, las consecuencias y accesorios.

Un mecanismo importante es el que puedan ser objeto de esta garantía, obligaciones futuras, especialmente útil para un comerciante que requiere créditos frecuentes en ciclos productivos cortos, pues así constituye una prenda sobre su patrimonio y va garantizando los créditos que reciba posteriormente (en forma similar a lo que sucede en ese tipo de fideicomisos de garantía) Por supuesto la ejecución de tal prenda sólo puede darse cuando una obligación ha llegado y se ha hecho exigible.

4.5.- Contenido del contrato de prenda.

En el contrato deberá pactarse:

- Los lugares en los que deberán encontrarse los bienes pignorados;
- Las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el deudor por la venta de los bienes pignorados;
- A quienes se podrá vender o transferir dichos bienes;

- El destino que el deudor deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;
- La información que el deudor deberá dar al acreedor sobre la transformación o enajenación de los bienes;
- Las violaciones a estos pactos producen la pérdida al uso del plazo del crédito.

En cuanto a la formalidad necesaria, debe constar por escrito y si exceden los bienes de 250,000 UDIS, deberá además ser ratificado ante fedatario.

4.6.- Constitución y efectos de la garantía.

La prenda se entenderá constituida a la firma del contrato surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración y contra terceros a partir de la inscripción.

4.7.- Prelación.

En materia de prelaciones esta garantía sigue un principio universal existente desde la época del derecho romano conforme el cual las garantías para los últimos créditos llevan preferencia. Esto es, el acreedor que dio un último crédito, garantizado con los bienes que adquiere el deudor, tendrá por garantía éstos, aún con preferencia sobre acreedores anteriores.

En caso de concurso, la declaración del mismo producirá el vencimiento anticipado y los intereses se siguen generando hasta el valor de la garantía. Los bienes pueden ser ejecutados ante el juez concursal y los productos siguen la suerte del concurso.

Las prelaciones se fijan desde su inscripción. Primero los trabajadores y luego los acreedores garantizados y aún sobre aquellos si se trata de los bienes que se adquirieron con el crédito. Prevalen sobre garantía hipotecaria, refaccionaria o fiduciaria si se inscribe antes que su incorporación al inmueble. Asimismo prevalecen sobre créditos quirografarios, créditos con garantía real no registrados y gravámenes judiciales preexistentes tampoco registrados.

Las prendas no inscritas prevalecen una sobre otra dependiendo de su fecha.

Las partes pueden hacer pactos sobre la prelación.

4.8.- Ejecución o liberación de la prenda.

En el contrato constitutivo las partes deberán establecer las bases para designar a un perito, cuya responsabilidad será dictaminar, una vez que haya oído a ambas partes, la actualización de los supuestos relativos con la disminución del valor.

Puede designarse a un almacén general de depósito para valuación o guarda de los bienes.

Su ejecución se rige, al igual que el fideicomiso de garantía a donde se remite al lector, a lo establecido por el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio. Las acciones de los acreedores garantizados prescriben en tres años, contados desde que la obligación garantizada pudo exigirse.

La prenda debe ser liberada por el acreedor al pagarse la obligación. Esta liberación es responsabilidad del acreedor y debe darse con las mismas formalidades usadas para su constitución.

4.9.- Registro.

Deben ser inscritos en el Registro Público de Comercio en el domicilio del deudor, la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones de la prenda sin transmisión de posesión

La inscripción se hará aún cuando los bienes gravados se describan en forma genérica y aún cuando el importe garantizado sea determinable hasta su ejecución.

El Reglamento del Registro Público de Comercio regula la inscripción de Garantías Mobiliarias conforme los procedimientos electrónicos instaurados.

4.10.- Delito.

El poseedor de los bienes pignoralos, así sea el acreedor, que transmita, grave o afecte los bienes o de alguna manera disminuya el valor de los mismos sin cuidar los procesos marcados por la ley comete un delito cuya penalidad va en función de los montos involucrados.

5.- La Prenda Bursátil.

Esta es una garantía especial surgida del mundo del sistema financiero para permitir gravar valores propios del tráfico del mercado de valores. La constitución de una prenda en los términos del articulado que tenía la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, antes de las reformas que introdujeron la Prenda sin Transmisión de la Posesión, resultaba inoperante para las necesidades de agilidad, de circulación rápida e incluso de desmaterialización del mercado de valores.

Una antigua regulación de prenda sobre valores desapareció para dar lugar a la figura de “Caución Bursátil” evitando deliberadamente el llamarle “prenda” con el propósito de darle un régimen regulatorio especial tanto en su constitución, en su uso dentro de las operaciones del mercado bursátil, como en su ejecución.

Con la Ley del Mercado de Valores aprobada en diciembre de 2005, se regresa al nombre específico de “Prenda Bursátil” aunque el cambio de nombre va más allá de un mero cambio de nombre sino que regresa a la figura al ámbito de la prenda. Tal regreso parte de la base de que la figura, por sus características, se asimila a la prenda: se trata de bienes identificados individualizadamente (aunque hay salvedades importantes que más adelante se mencionan), no hay desplazamiento, se mantienen en poder de un tercero, da derecho de persecución, tiene procedimiento de ejecución ágil. Doctrinariamente hubo, durante el régimen de la “caución bursátil” una negación del carácter de prenda, por las variantes que supone la individualización de los bienes afectos y la persecución de los mismos, estas objeciones se analizan adelante. Hoy en día la dogmática legislada parece no dejar lugar a dudas aunque el regreso al régimen de prenda no sea tan feliz como lo fue la caución.

Se parte de la realidad consistente en que las Casas de Bolsa tienen entre sus funciones hacer el servicio de guarda y administración de valores por cuenta de terceros (su clientela). Todos estos valores que se manejan en el gran público inversionista están depositados en una institución para el depósito de valores a fin de que los cambios y movimientos que se hagan sobre los mismos (traslados de propiedad, prendas bursátiles, etc.) se realicen mediante anotaciones registrales, electrónicas y regularmente masivas, en dicho instituto (fenómeno que ha sido llamado “desmaterialización de los títulos de crédito”) para que así no se requiera el endoso, la *traditio* y la anotación en el registro del emisor.

Las Casas de Bolsa van inscribiendo sus tenencias por cuenta de terceros en dicha institución y a ésta van reportando los movimientos hechos sobre los mismos.

La legislación del mercado de valores consagra a esta figura una disposición específica: el artículo 204.²⁵

La **materia** sobre la que recae la garantía son valores en la extensión a que se refiere la Ley del Mercado de Valores. Estos bienes están específicamente identificados para cada depositante, la gran variante con respecto a la prenda tradicional es que los títulos son referencias genéricas y no individualizadas. Esto es así por la forma de funcionamiento del mercado. El instituto para el depósito de valores detenta un certificado genérico que ampara diversos títulos, dicho instituto registra para cada intermediario el número de títulos que al amparo de ese certificado detenta y, asimismo, registra cuántos de esos títulos están afectos a una caución bursátil. La disposición que regula la figura hace referencia específica a la apertura de las cuentas en cita.

Supóngase que una empresa Tuercas y Tornillos S.A. emite obligaciones que cotizan en el mercado y se ofrecen al gran público inversionista. Para esos efectos ha emitido un título genérico que ampara un millón de acciones. El Sr. Valladares ha adquirido por conducto de su Casa de Bolsa cien mil de esas obligaciones. Esas cien mil obligaciones no existen físicamente (lo que existe es un título global que las ampara,

²⁵ Artículo 204.- La prenda bursátil constituye un derecho real sobre valores que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Para la constitución de la prenda bursátil bastará la celebración del contrato por escrito, así como solicitar a una institución para el depósito de valores, la apertura o incremento de una o más cuentas en las que deberán depositarse en garantía, sin que sea necesario realizar el endoso y entrega de los valores objeto de la prenda, ni la anotación en los registros del emisor de los valores. Las partes podrán garantizar una o más operaciones al amparo de un mismo contrato.

Las partes podrán pactar que la propiedad de los valores otorgados en prenda se transfiera al acreedor, en cuyo caso quedará obligado a restituir al deudor, en caso de que cumpla con la obligación respectiva, otros tantos de la misma especie, siendo aplicables las prevenciones establecidas, en relación con el reportador y el reportado, respectivamente, en los artículos 261 y 263, primera parte, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En este caso no serán aplicables las previsiones relativas a la apertura de cuentas establecidas en el párrafo anterior y la garantía se perfeccionará mediante la entrega jurídica de los títulos al acreedor, a través de los procedimientos que para los traspasos en cuenta le son aplicables a las instituciones para el depósito de valores.

Las partes de los contratos de prenda bursátil podrán convenir la venta extrajudicial de los valores dados en garantía siempre que, cuando menos, observen el siguiente procedimiento de ejecución:

I. Que las partes designen de común acuerdo al ejecutor de la prenda bursátil y, de pactarlo así, al administrador de dicha garantía; nombramientos que podrán recaer en una casa de bolsa o institución de crédito, distinta del acreedor. El nombramiento del ejecutor podrá conferirse al administrador de la garantía.

En el contrato deberá preverse el procedimiento para la sustitución del ejecutor, para los casos en que surgiere alguna imposibilidad en su actuación o si aconteciere algún conflicto de interés entre el ejecutor y el acreedor o el deudor de la obligación garantizada.

II. Si al vencimiento de la obligación garantizada o cuando deba reconstituirse la prenda bursátil, el acreedor no recibe el pago o se incrementa el importe de la prenda, o no se haya acordado la prórroga del plazo o la novación de la obligación, éste, por sí o a través del administrador de la garantía solicitará al ejecutor que realice la venta extrajudicial de los valores afectos en garantía.

III. De la petición señalada en la fracción anterior, el acreedor o, en su caso, el administrador de la garantía, notificará al otorgante de la prenda, el que podrá oponerse a la venta únicamente exhibiendo el importe del adeudo o el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación o el comprobante de su entrega al acreedor o demostrando la constitución de la garantía faltante.

IV. Si el otorgante de la garantía no exhibe el importe del adeudo o el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación o el comprobante de su entrega al acreedor o no acredita la constitución de la garantía faltante, el ejecutor ordenará la venta de los valores materia de la prenda a precio de mercado, hasta por el monto necesario para cubrir el principal y accesorios pactados, los que entregará en pago al acreedor. La venta se realizará conforme a lo convenido por las partes, pudiendo ejecutarse incluso fuera de bolsa.

En los contratos de prenda bursátil podrá pactarse que el otorgante de la misma pueda sustituir a satisfacción del acreedor los valores dados en garantía, antes de que se hagan las notificaciones previstas en la fracción III de este artículo.

Cuando el administrador de la garantía no sea acreedor de la obligación garantizada podrá fungir como ejecutor, suscribir el contrato de prenda bursátil y afectar los valores correspondientes por cuenta de sus clientes, en ejercicio del mandato que para tal efecto los mismos le otorguen, siempre que no se haya pactado con tales clientes el manejo discrecional de su cuenta.

En los estados de cuenta que envíen las casas de bolsa a sus clientes se destacarán los elementos correspondientes a las prendas bursátiles constituidas por éstos, con los datos necesarios para la identificación de los valores otorgados en prenda. El estado de cuenta servirá de resguardo de los valores hasta la terminación del contrato de prenda bursátil.

depositado en el Instituto para el Depósito de Valores). La Casa de Bolsa le informa al INDEVAL que en su cuenta registre 350,000 obligaciones, (100,000 de las cuales son las del Sr. Valladares y las otras 250,000 pertenecen a otros tenedores) esa forma de identificación difiere del concepto de individualización que típicamente se tiene en el mundo de las garantías tradicionales.

Existe asimismo la posibilidad de pactar la facultad del garante prendario de modificar y sustituir los valores otorgados en prenda por otros a satisfacción del acreedor. Esta es otra característica que hace a algunos pensar que no se trata de una garantía real, por lo menos en los estándares tradicionales, pues en éstos puede cambiarse un bien afecto en garantía pero lo que sucede es que se concluye una garantía y nace otra, si un bien hipotecado cambia por otro, se extingue la primera hipoteca y nace una segunda; en el caso de la prenda bursátil, al amparo del mismo contrato podrán sustituirse los valores afectos o contenidos en la misma.

Por todo lo anterior, la **forma de constitución** de la garantía llamada prenda bursátil, no se hace mediante el camino tradicional: endoso en garantía, entrega material de los títulos y, en su caso, anotación en el registro del emisor, sino tan solo identificando los valores amparados en el contrato que por escrito debe celebrarse, el cual será remitido a la institución para el depósito de valores en el cual están inscritos a fin de que este los anote incrementando (o abriendo en su caso si es que no había ya un antecedente) la cuenta de valores en garantía del intermediario. (párrafos segundo y tercero del artículo 204 citado).

Además de la **forma escrita** que requiere el otorgamiento de la Prenda Bursátil, existe otro elemento formal importante que son los **Estados de Cuenta**. Las casas de bolsa están obligadas a enviar a su clientela periódicamente los estados de cuenta que revelan las tenencias de éstos, así como los movimientos que tal tenencia (o “portafolio”, o “posición” en el lenguaje cotidiano del mercado) ha sufrido durante el período que abarca el estado de cuenta. Pues bien, en ese estado de cuenta deberán identificarse precisamente los valores que están otorgados en prenda bursátil, sirviendo el propio estado de cuenta del resguardo de los títulos afectados.

Los **elementos personales** incluyen, en primer lugar al **propietario** de los títulos que otorga la garantía correspondiente y, en segundo lugar al **acreedor** beneficiado con la garantía. A este respecto se ha discutido si la figura sólo permite como acreedor a la propia casa de bolsa que administra los títulos pignorados o si se puede pensar en acreedores diversos. Es decir ¿es la prenda bursátil una operación que sólo puede practicarse entre intermediarios del mercado de valores y sus depositantes o mandantes para garantizar una operación que surge de tal relación, o puede usarse como cualquier otra garantía del catálogo de las mismas en el marco jurídico (hipoteca, fianza, aval, prenda, etcétera)?

Algunos argumentos parecen inclinar la balanza sobre el segundo de los brazos del dilema:

Uno.- si la ley establece la conducta a seguir por el administrador de la garantía, que puede ser una casa de bolsa, (Artículo 171: “*fungir como administrador y ejecutor, de prendas bursátiles*”) no es comprensible que el único beneficiario de la garantía debiera ser el intermediario financiero que los detenta.

Dos.- Esta figura es la heredera de una disposición previa en la legislación que regulaba una manera de constituir prenda sobre los valores sujetos al mercado de valores y que había probado ser de difícil operación. Es decir, lo que el legislador busca es un camino de permitir que los valores del mercado se usen para garantía. La lógica pide que exista la

facilidad, con la agilidad propia de este segmento del mercado, de poder usar los valores como garantías.

Tres.- Si no existiera la posibilidad de que el propietario de los valores pudiera darlos en garantía de sus obligaciones, se estaría poniendo una limitación muy seria a la propiedad de los mismos, violatoria de disposiciones constitucionales. No bastaría para eludir este argumento el que el propietario pudiera dar sus valores en garantía siguiendo los caminos y garantías tradicionales, pues esos son imposibles. En efecto no podría endosarse, entregarse e inscribirse en el registro del emisor una acción que cotiza en el mercado por la simple razón de que ésta no existe físicamente.

Otros elementos personales serán: el **instituto para el depósito de valores** para quien nacerán obligaciones específicas derivadas, tanto de su función como tal, como del contrato de prenda que celebre el cliente propietario de los títulos y su casa de bolsa o intermediario, y; el ejecutor designado conforme se ve más adelante, y; **la propia casa de bolsa** cuando actúe en los términos del artículo 204 de la Ley.

Por cuanto toca a la **ejecución** de la garantía, ésta se puede detonar de dos maneras: siguiendo el procedimiento de ejecución de la prenda que contempla la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o siguiendo el procedimiento extrajudicial pactado de antemano. El primero de los caminos hace de poca utilidad la prenda pues una de las cosas que se busca (o al menos ese era un propósito de la extinta Caución Bursátil) es el no sujetar a esta garantía a las normas de la prenda y a las resoluciones de la Corte sobre la misma (comentadas arriba en el apartado del fideicomiso de garantía).

La disposición legal invita a que las partes pacten un **procedimiento extrajudicial** de ejecución para los casos de impago de la obligación adeudada o de disminución del valor de la garantía, siempre que éste cubra algunos extremos que en el fondo tiene la misma estructura de lo comentado en este capítulo respecto del fideicomiso de garantía:

1. Un tercero administrador y un tercero ejecutor (pueden ser el mismo), que tenga independencia y carezca de conflicto de intereses con las partes (idealmente una casa de bolsa o una institución de crédito);
2. Solicitud por parte del acreedor del incumplimiento de la obligación para iniciar proceso de ejecución;
3. Comunicación al otorgante para que cumpla su obligación o demuestre haberla cumplido (o complete la garantía faltante) o pruebe prórroga o novación;
4. Orden del ejecutor de vender los valores lo cual puede suceder aún fuera de bolsa.

Un especial problema surgido de la ejecución de la prenda es la posibilidad de perseguir los bienes a ella afectos. En principio, todo acreedor podrá perseguirlos en manos de quien estén, pero eso que se dice fácil no lo es tanto en la práctica, debido a la manera como los bienes afectos a la garantía son identificados. La individualización se hace en el contrato de prenda bursátil, en el estado de cuenta y con la notificación hecha al instituto para el depósito de valores y la anotación consiguiente que éste hace. Sin embargo, y en razón de la forma de llevarse las cuentas en dicho instituto, cabe la posibilidad de que los valores gravados sean vendidos y adquiridos por un tercero de buena fe, en cuyo caso la persecución de los bienes va a ser especialmente compleja.

Siguiendo el ejemplo arriba expuesto, el Sr. Valladares, de buena o de mala fe, ordena la venta de sus títulos de Tuercas y Tornillos S.A., el agente asignado por su casa de bolsa para atenderle, de buena o de mala fe, no se percata de la prenda y ordena la

venta. INDEVAL, como la casa de bolsa tiene una posición de títulos superior a los gravadas, registrará la operación sin poder identificar cuáles son los que se están vendiendo.

Como la operación no es directa entre el Sr. Valladares y el comprador, será difícil establecer que las obligaciones que el comprador adquiere son las que Valladares ordenó vender. En este caso sólo habría dos explicaciones: o el agente de la casa de bolsa vendió títulos que no eran los del Sr. Valladares o vendió éstos gravados. En el primer caso el camino práctico será el readquirir en el mercado obligaciones suficientes para restañar las posiciones previas a la venta, asumiendo los costos adicionales entre el cliente y la casa de bolsa dependiendo de la buena o mala fe, así como de la imprudencia implicadas, la alternativa sería buscar la nulidad de la compraventa. En el segundo caso se puede seguir una acción similar que resuelve prácticamente el problema pero en el fondo existiría el derecho del acreedor de perseguir los títulos, el grave problema procesal va a ser probar que los que se vendieron son los que tenían el gravamen. En todos los casos los caminos legales demuestran lo difícil que es, en el mercado financiero intentar usar los caminos tradicionales del derecho.

6.- Otras garantías.

En la vida de las operaciones del sistema financiero se vienen usando, además de las garantías tradicionales y de las garantías surgidas del propio mercado financiero, algunas otras que son peculiares.

En primer lugar hay que mencionar que las operaciones de seguros y de fianzas son usadas en algunas ocasiones cubriendo la función de garantía aún cuando no sea exactamente la función para la cual han sido creadas. Específicamente en materia de fianzas, se ha limitado la posibilidad de que éstas sean usadas como garantías de créditos otorgados por el sistema financiero y cuando por la regulación específica, se han venido autorizando o regulando, no ha sido una operación que haya desarrollado popularidad y, por ende un mercado específico.

De vez en cuando la imaginación de los funcionarios que viven la operación del sistema financiero les permite ir “creando” figuras nuevas de garantía que no han sido consagradas por el legislador.

Un caso de lo anterior son los llamados “**recibos confidenciales**” que es una figurada importada por el quehacer financiero del derecho anglosajón. Para empezar el nombre es desafortunado pues se trata de una mala traducción, el nombre en inglés es “trust receipt”²⁶ que mejor debiera traducirse como “recibo fiduciario”. Consiste en una operación por medio de la cual el deudor de un crédito es propietario de ciertos bienes que supuestamente sirven como garantía de un crédito, normalmente el crédito que se usó para producir dichos bienes, como esos bienes forman parte de la explotación ordinaria del negocio no se depositan con un tercero, ni en un almacén ni se entregan al acreedor, sino que son detentados por el mismo deudor-propietario afectos en garantía al acreedor. Hágase de cuenta un fideicomiso en el que el fiduciario es el propio deudor.

Esa es, desde luego, una operación que no existe en el derecho mexicano, no puede ser fideicomiso puesto que se requiere un fiduciario (institución de crédito) que se

²⁶ “Trust receipt. A receipt stating that the wholesale buyer has possession of the goods for the benefit of the financier” (recibo que establece que el comprador mayorista tiene posesión de la mercancía en beneficio del que lo ha financiado. Traducción libre del autor) BLACK, HENRY CAMPBELL. Black’s Law Dictionary. West Publishing ,Co. St.Paul Minn. USA. 1990. Página 1515.

desempeñe como tal; no puede ser prenda porque no se constituye de ninguna de las maneras que la ley prevé para ello (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), ni es un depósito en Almacenes puesto que ni hay bodega habilitada ni existe la emisión de un certificado de depósito o bono de prenda por parte de un autorizado para ello.

En la práctica es peculiarmente usada en el mercado de granos y específicamente en el caso de productores de café, no representa sino una obligación moral cuyo cumplimiento muy difícilmente podría hacerse valer en tribunales, dando sólo a acciones que giren en torno a la ausencia de la buena fe, cuando se ha dispuesto de los bienes sin hacer pago al financiero.

Un segundo caso también muy usado es el de **Cesión de Derechos** en garantía. La figura es también exótica puesto que la explicación que resultaría lógica es que si se cedió un derecho (transmisión de propiedad) es porque con ello se está pagando una obligación y entonces ya no hay garantía puesto que ya no hay obligación, ésta ya se pagó con los derechos.

La figura tiene su origen en la determinación de la fuente normal de pago de obligaciones de un garantizado, si su fuente de recursos para pagar el crédito es la ejecución de diversos derechos de cobro, lo lógico es que éstos se “afecten” al pago. Es el caso de un constructor que tiene derecho a recibir los pagos por ministraciones que en función de diversas “memorias”, el dueño de la obra le hace y que, necesitando un anticipo para poder iniciar la construcción, lo pide a su financiero “cediendo en garantía” los derechos a recibir tales ministraciones.

Lo que debe hacerse en este caso es cuidar una instrumentación que sea congruente con el sistema jurídico, pueden tales derechos ser dados en prenda constituyendo ésta con notificación al deudor de los derechos para que no cumpla su obligación si no es con notificación al acreedor. Puede asimismo establecerse una cesión pero sujeta a una condición, por ejemplo el no pago, para que sólo en ese supuesto y conforme a una mecánica de operación bien pensada, el financiero pueda ejercer el derecho. Una última posibilidad sería fideicomitir esos derechos para que el fiduciario fuese quien los ejerciera y asignara los importes provenientes de su ejercicio ya al acreedor en caso de impago, ya al garante si ha cumplido con sus obligaciones.

Conclusión.

En el sistema financiero mexicano han surgido figuras de garantía para respaldar el cumplimiento de obligaciones nacidas de la operación del propio sistema que constituyen figuras ad hoc para la intermediación financiera, extrayendo su regulación del derecho común y creando figuras sui generis.

CAPÍTULO 9

CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.¹

CONTENIDO:

- 1 La Electrónica en el Sistema Financiero.
- 2 El contrato y la forma que lo expresa.
- 3 Los instrumentos normativos sobre contratación electrónica en otros lados del mundo.
- 4 Los nuevos principios jurídicos.
 - 4.1 Imputación de efectos jurídicos.
 - 4.1.1 Ámbito espacial de validez de los contratos de operaciones electrónicas.
 - 4.1.2 El ámbito temporal de validez de los contratos de operaciones electrónicas.
 - 4.1.3 La identidad de quien celebra un acto jurídico.
 - 4.2 Neutralidad tecnológica.
 - 4.3 Equivalencia funcional.
 - 4.4 Uso de terceros confiables.
 - 4.5 No alteración del derecho preexistente.
 - 4.6 Buena fe.
 - 4.7 Libertad contractual.
 - 4.7.1 Contrato Normativo.
 - 4.7.2 El contrato de adhesión.
 - 4.7.3 La nueva “solemnidad”.
 - 4.7.4 El riesgo de la no privacidad.
 - 4.7.5 Primera norma: el pacto entre las partes.
 - 4.7.6 Protección al consumidor.
 - 4.8 Compatibilidad internacional.
- 5 La contratación electrónica de operaciones financieras.
 - 5.1 La Legislación que rige las operaciones del Sistema Financiero.
 - 5.2 La contratación electrónica en la legislación mercantil.
 - 5.2.1 Definiciones de conceptos.
 - 5.2.2 Presunciones.
 - 5.2.3 Celebración de contratos por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.
 - 5.2.4 La firma electrónica.
 - 5.2.5 El Prestador de Servicios de Certificación.
 - 5.2.6 El temor de la inseguridad.
 - 5.3 Los contratos electrónicos del sistema financiero.
 - 5.3.1 Contrato normativo.
 - 5.3.2 El contrato subyacente.
 - 5.3.3 Otros contratos.
 - 5.3.4 Elementos personales.
 - 5.3.5 La materia de los contratos.
 - 5.3.6 Los problemas de interpretación.
 - 5.3.7 La prueba.

Conclusión.

Es evidente que la electrónica ha permeado todo el quehacer de las empresas, del gobierno e incluso de la vida personal. Por ello las entidades (públicas o privadas; intermediarias u operadores o reguladoras) que conforman el sistema financiero incorporan a su operación y

¹ Este capítulo está construido sobre un artículo que publicó el autor en 1996 en la Revista de Derecho Privado del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Al haber transcurrido muchos años del mismo y con las grandes novedades producidas en la materia de la tecnología aplicada al sistema financiero, se estima válido reconstruir lo dicho ahí, incorporándolo en el contexto de la presente investigación.

manera de ser cotidiana, todos los recursos de las tecnologías de la información. Archivos, comunicaciones, difusión, normatividad, conservación de antecedentes soportes, etc. se hacen hoy en día con esta herramienta. El enfoque de este capítulo es hacia la celebración de los contratos que amparan las operaciones propias del sistema financiero con el público usuario del mismo a través de dichos medios.

1 La Electrónica en el Sistema Financiero.

La aparición, en la segunda mitad del siglo XX, de los sistemas electrónicos, y con ellos la Informática, ha permitido que la actividad financiera se desarrolle en magnitudes y a velocidades nunca imaginadas.

El factor de la velocidad del dinero (Velocidad es el número de veces que una unidad de moneda se usa en el año, esto es, como más rápido se vuelva a usar una misma cantidad de dinero más útil es, más cuenta en las medidas macroeconómicas) se ha visto favorecido por el uso de la electrónica pues ésta ha permitido acelerar enormemente el uso del dinero. La misma suma de dinero puede cambiar de manos más veces por día gracias a la electrónica que como sucedía antes de ella.

El dinero, materia prima de la intermediación financiera, de hecho se ha venido convirtiendo en un registro electrónico. Es "*El cambio a la física de estados sólidos en electrónica...*" a que se refiere Toffler.² Si se observan los renglones que los economistas clasifican dentro de los conceptos M1, M2 y subsiguientes se encontrará que el dinero físico circulante, monedas y billetes, forma una pequeña parte del todo, el resto se encuentra en actividades en las que el dinero es, hoy por hoy, antes que nada, información y, por ello, un simple registro electrónico.³

Asimismo, en ningún terreno del derecho ha tenido la electrónica tan fuerte presencia y trascendencia como en las operaciones de los intermediarios financieros. Empezó a aparecer en el terreno del Derecho por conducto de las Transferencias Electrónicas de Fondos consistentes en el mecanismo que permitía trasladar fondos de un sitio a otro. En la actividad financiera el desarrollo de la informática jurídica ha tenido su terreno más fértil. Tal parece que hubiera sido creada ex profeso.

Alrededor de ello el sistema logró la complejidad de una forma de hacer "pagos" en el sentido jurídico de la palabra, es decir el de cumplir con una obligación contraída. Así se han desarrollados sistemas de pagos complejos que incluyen: las transferencias de fondos, los pagos a proveedores, pagos a empleados, compensación de cuentas (sistema interbancario de pagos), pagos con cargo a aperturas de crédito (tarjetas de crédito), pagos con cargo a depósitos preconstituidos (tarjetas de débito, prestadores de servicios) o pagos de efectivo (PME - monedero electrónico).

En un principio esto sólo valía para pago de obligaciones medidas en dinero pero otras obligaciones pueden ser pagadas por medios electrónicos sin que consistan en entrega de dinero. De hecho, todas las obligaciones relacionadas con proceso de palabra pueden ser "pagadas" por medios electrónicos.

² TOFFLER, ALVIN.- La Tercera Ola, Edivisión, México 1981. Pag.148

³ "*Checking deposits are actually no more than bookkeeping entries in bank ledgers. Many people think of checks simply as a convenient way to give coins or bills to someone else. But, in fact , checks are something quite different, which is why the country can have more money in the form of checking deposits than it has in the form of currency.*" BAUMOL, WILLIAM J. AND BLINDER, ALAN S.- Economics. HBJ Publishers. New York, 1985, pag. 225. "*Los depósitos de cheques en la actualidad no son más que entradas contables en libros de contabilidad. Mucha gente entiende los cheques como una manera cómoda de pagar con dinero. Sin embargo, de hecho, los cheques son algo muy diferente, que es la razón por la cual un país prefiere tener el dinero en cuentas de cheques que en circulante*" (Traducción libre del autor)

Precisamente, por darse las operaciones electrónicas fundamentalmente en el terreno de los sistemas de pagos, es la actividad financiera la más adecuada para ser el terreno donde germine y se desarrolle este tipo de contratación, a tal grado que cuando se piensa en operación electrónica, parece que hablamos de sinónimos de la actividad de las entidades del sector financiero.

Inclusive, muchas actividades que no necesariamente deben nacer en el sistema financiero encuentran en éste su natural campo de desarrollo. Ejemplo de ello es el “monedero electrónico” conocido como PME, por su origen francés (*Porte-monnaie électronique*), es decir un dispositivo de tarjeta que contiene un chip que registra el uso y el consumo de una cantidad de dinero que se ha pagado por dicha tarjeta. El origen de tal “monedero” fueron las tarjetas para hablar por teléfono o los abonos para uso de transporte.

Un uso generalizado de dicho instrumento encuentra su camino por conducto de las entidades financieras. Ellas son las mejor dotadas para producir con tecnología las tarjetas, para manejar los recursos que provienen de él pues en el fondo es una típica operación de intermediación financiera (hay un fenómeno de captación de recursos - concentración de fondos - al venderse las “tarjetas” o “monederos electrónicos”; una distribución de los recursos a los vendedores de los servicios - dispersión de fondos - y el consecuente uso financiero del mismo entre el momento de la captación y el del pago)

Para realizar negocios se requiere fundamentalmente un intercambio de “informaciones”, a ello ha contribuido el desarrollo de los intercambios electrónicos de datos, conocidos como EDIs (Electronic Data Interchange) cuyo tratamiento jurídico ha sido objeto de preocupación constante y de elaboración por parte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y que podemos definir como : “*The computer-to-computer exchange of bussiness information in standard formats*” (Intercambio de información de computadora a computadora en formatos uniformes. Traducción del autor)⁴

Todo esto quiere decir, en suma, que existe comercio a través de medios electrónicos y que en dicho comercio los intermediarios financieros y sus operaciones juegan un importante papel.

Se verá en los siguientes apartados cómo todo el camino de la contratación puede ser recorrido con estos medios tecnológicos y cómo estamos en lo que Téllez llama la informática como instrumento del Derecho o Informática Jurídica.⁵

2 El contrato y la forma que lo expresa.

El contrato, como negocio jurídico, es un acuerdo de voluntades que crea, transfiere, modifica o extingue derechos y obligaciones (hágase abstracción de la sutil diferencia entre los conceptos de “contrato” y “convenio” que contiene el Código Civil pues, en última instancia, las mismas normas que aplican a uno, aplican al otro) Este acuerdo de voluntades supone un proceso mental en donde concurren dos de las facultades psicológicas del individuo: la inteligencia y la volición. Por la primera se conocen los elementos y condiciones que deberán figurar en el contenido obligacional del contrato, por la segunda aparecerá el querer, el desear la producción de los efectos jurídicos planteados por el diseño del contrato. A la suma de esos actos de inteligencia y volición se imputan consecuencias jurídicas, ya sea como fruto por voluntad o por ley.

⁴ BOSS, AMELIA H. Y RITTER JEFFREY B. -Electronic Data Interchange Agreements. International Chamber of Commerce, Paris, 1993.

⁵Véase TÉLLEZ VALDÉS, JULIO.- Derecho Informático.- Mc Graw-Hill. México 1996.

Cada contrato es pues un acto de creación en el mundo del derecho y en la esfera personal, obligacional y patrimonial de las partes.

Ahora bien, el Derecho es un producto social de tal manera que un contrato no debe quedar en el campo subjetivo pues no tendría consecuencias de derecho. Es menester su exteriorización a fin de dejar constancia en la comunidad para su apreciación por ésta, de dos cosas: lo que sucede a las partes y lo que debe respetar el sujeto pasivo universal ello a pesar del principio *Res inter alios acta*.

El ser humano siempre ha rodeado los actos importantes de su vida de ritos y formas que han llegado a hacerse tanto o más importantes que el acto mismo. Cuando no existía escritura la forma de dejar constancia de la celebración de un acto jurídico o del cambio de un status al otro, era desarrollar una serie de conductas y ceremonias que, además de dar relevancia al acto, permitía dejar huella ante la comunidad de la celebración del mismo para que no hubiera duda de que tal acto se había celebrado y de que un status jurídico nuevo había aparecido. (Tal sucedía por ejemplo con el nacimiento, el matrimonio, el arribo a la plenitud de edad, mayoría de edad, se diría hoy, o la defunción)

Teniendo los ceremoniales y ritos un fuerte contenido mítico-religioso, lo cierto es que en esos estadios de la cultura lo jurídico está mezclado con lo mágico y lo religioso. A ese respecto un antropólogo ha escrito: “*Mucho del aparato de la caseta del chamán, el tenebroso interior de la cabaña del mago, se puede equiparar a la atmósfera especial del bufete del abogado, al sofá del psicoanalista, a las maneras del médico ante el enfermo, a la unción del cura.*”⁶ Esta tendencia del humano a ritualizar los acontecimientos importantes y significativos no ha desaparecido si bien están reducidos a meros convencionalismos sociales (piénsese en un bautizo, unos quince años, un matrimonio, la adquisición de la casa habitación o la firma de un contrato importante entre dos empresas).

Así se explica la aparición de la solemnidad en los actos jurídicos. Estos sólo pueden tener vida en el mundo jurídico, si son otorgados con las formas prescritas. Así aparece en el Derecho Romano: *ex pacto nudo actio non nascitur*, por lo cual se rodearon los actos jurídicos de ritos que daban solemnidad a los actos jurídicos.⁷

La solemnidad, además de ser el rito socialmente aceptado, permite dejar huella y constancia de lo celebrado y fuerza a las partes a reflexionar cuidadosamente antes de celebrar el acto jurídico, sin embargo produce una inversión axiológica grave: la forma se hace más importante que el contenido. No importa que las partes lo hayan querido, como no lo expresaron con la solemnidad adecuada su voluntad nada cuenta, el mundo jurídico no se ha movido.

El Derecho Canónico en la Edad Media da paso al fenómeno inverso: el Consensualismo. La frase se reexpresa: *Ex nudo pacto, actio oritur*. Ello se debe a la lógica interpretación hecha por los canonistas del valor de los compromisos tomados por el individuo como un deber de conciencia y como un compromiso tomado ante Dios.

La escuela de los glosadores y post-glosadores, dados a la tarea de analizar los principios e instituciones del Derecho Romano a la luz del Derecho Canónico, mantuvieron el principio consensualista. En el siglo XVI, Loysel escribió: “*Se ata a los bueyes por los cuernos y a los hombres por sus palabras. Tanto vale una simple promesa o convenio como*

⁶ HERSKOVITS, MELVILLE J. - El Hombre y sus Obras, Fondo de Cultura Económica. México, 1964. Pag. 410.

⁷ *Les juristes romains ont toujours posé la règle le pacte nu en donne naissance à aucune action.* WEILL, ALEX ET TERRÉ, FRANÇOIS.- Droit civil. Les Obligations. Dalloz, Paris, 1986. Pag. 120.

las estipulaciones del Derecho Romano.” El principio triunfará totalmente en los siglos XVII y XVIII con Domat y Pothier.⁸ Así llega el mundo jurídico al Código Napoleón.

La controversia entre la forma como requisito de existencia, versus la palabra dada ha desembocado en la admisión de determinadas formalidades, en determinados contratos, con una finalidad *ad probationem*, más que *ad solemnitatem*. La formalidad, cuando es exigida, se convierte en un requisito de validez, no de existencia. Su falta produce una nulidad relativa que puede ser convalidada, pues la parte que está cumpliendo o dispuesta a cumplir, tiene una acción para elevar el acto jurídico a la formalidad prescrita.

Tal solución ecléctica no excluye la incorporación de los llamados contratos reales en los que la entrega de una cosa es requisito indispensable para que el contrato nazca a la vida. No se entiende, en principio, un contrato de depósito o uno de prenda, sin la entrega de la cosa. La vida moderna, sin embargo, ha empezado a introducir variantes incluso en estos contratos, así se ven prendas sin desplazamientos y depósitos meramente virtuales que son más bien registros.

Han sido precisamente las operaciones financieras y los recursos electrónicos los que han puesto la necesidad y la solución para tal propósito.

El tema toma relevancia frente al problema de interpretación de los contratos, pues se da una disyuntiva entre la voluntad interna, lo que las partes realmente quisieron, (fuero interno) con la voluntad declarada, lo que expresaron (manifestación externa). Es un problema de equilibrio entre dos de los valores supremos del Derecho: la justicia y la seguridad jurídica.

El sistema jurídico actual se ubica en la ecléctis tanto en el tema de la formación del consentimiento (los códigos se declaran consensualistas aunque prescriben gran cantidad de formalidades para los contratos típicos), como en el de la interpretación, dándole preferencia al principio de la voluntad de las partes sobre el principio de la voluntad declarada. Esto se demuestra si se analizan las normas de interpretación de los contratos del código civil así como la norma básica de la forma: el consentimiento, requisito esencial de los contratos puede darse expreso o tácito.

Puede terminarse de describir el sistema del derecho mexicano respecto de la formación de contratos mediante los principios generales siguientes:

- Establecen como causa de invalidez la falta de forma y otorgan una acción para lograr el otorgamiento de la forma cuando alguna de las partes ha cumplido o está dispuesta a cumplir.
- Para la formación del consentimiento en el caso de la policitación adoptan el sistema de la **recepción**, esto es, el consentimiento se encuentra completo cuando el policitante recibe la manifestación de aceptación por parte de la voluntad del co-contratante.
- Por lo que toca a medios “modernos” de comunicación, tratan a los contratos por teléfono como si fueran hechos en persona y admiten la contratación por telégrafo mediante un contrato normativo previo.
- Consagran como forma y prueba de la manifestación del consentimiento, el sistema de la firma autógrafa, sólo reemplazado en el caso de los que no saben o no pueden firmar por la firma de otro a su ruego y la firma de testigos.⁹

⁸WEILL, ALEX ET TERRÉ, FRANÇOIS.- Droit civil. Les Obligations. Dalloz, Paris, 1986.Pag. 122.(Traducción del autor)

⁹ Véanse los artículos 1796, 1803, 1805, 1807, 1811, 1832 y 1834 del Código Civil para el Distrito Federal y artículo 48 del Código de Comercio .

- Códigos como el Civil Federal o el de Comercio ya incorporan la posibilidad de practicar operaciones por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Además las modernas legislaciones han empezado a imponer formalidades adicionales. Por ejemplo: inscribir la operación o los documentos en un registro, la falta de dicho registro o nulifican el contrato o por lo menos hacen que la plenitud de resultados buscados por las partes se vea limitada al no ser los actos jurídicos oponibles a terceros.

En adición, las leyes de Protección al Consumidor, y en ellas hay que incluir normas de protección a los usuarios de servicios financieros, han venido imponiendo una serie de diversas formalidades a incluir en los contratos so pena de diversos tipos de nulidad.

Una de las aportaciones torales en la historia de las formalidades de los actos jurídicos, ha sido la creación del concepto "Documento". Este es un concepto muy familiar para los juristas pero que no ha sido fácil de definir en la historia del Derecho. Sin caer en un análisis de las doctrinas sobre el tema, hay que entender que el término "Documento" refiere a un medio determinado que contiene un mensaje de trascendencia jurídica, esto es, con referencia a la producción de efectos jurídicos.

El documento desplazó al rito ("papelito habla" dice un viejo refrán). Alrededor del término "Documento" se han introducido, en la historia jurídica, una enorme cantidad de variedades y de instituciones: documentos privados, documentos públicos, testamentos ológrafos, firma autógrafa, comparecencia de testigos, redacción por un perito, uso de papel sellado, protocolos cerrados, actas, minutas, pólizas, libros encuadernados, protocolo abierto, libros sellados, copias certificadas, impresión de huellas digitales, etcétera, etcétera.

Quizá el desarrollo más importante del concepto "Documento" lo haya sido el Título de Crédito, pues revela el paso final del formalismo del consentimiento: en los títulos valor, gracias a los conceptos de Literalidad, Abstracción, Autonomía e Incorporación, el documento no "consigna" derechos y obligaciones, el documento "es" los derechos y obligaciones.

Para todos los efectos legales hay que recordar que lo que desean las partes en la forma de un contrato es: a) precisar el contenido obligacional; b) regular la conducta de las partes y c) medir el impacto que su convención tenga ante terceros. Para ello sirven las herramientas de exteriorización o formalidades de los contratos, es decir éstas tienen un carácter instrumental, hasta ahora se han venido usando los documentos, los registros, los sistemas de fe pública (testigos, notarios, corredores) y las firmas.

Hoy en día la tecnología humana ha desarrollado un nuevo avance, tan trascendente como la escritura, tan importante como el Título de Crédito: la electrónica que aporta otra importante página a esta historia. La electrónica viene a proveer una nueva herramienta para tal propósito: el soporte tecnológico que reemplaza a los anteriores.

Este poderoso instrumento creado por las tecnologías de la información puede, desde luego, sustituir a los medios tradicionales, pero puede ir incluso más allá. Si se sigue el *iter contractus* se verá que las nuevas tecnologías pueden estar presentes en cada una de las etapas de un contrato: la policitud y la consecuente aceptación, las negociaciones entre las partes, la formalización, las notificaciones a terceros, las garantías otorgadas por terceros, las obligaciones fiscales, los trámites administrativos y las inscripciones en diversos registros, incluso el cumplimiento (pago) de algunas obligaciones y no se diga la conservación del mismo y las facilidades de interpretación.

Con las tecnologías de la información se pueden lograr los mismos resultados jurídicos con mayor seguridad, mayor facilidad de celebración y menores costos.

3 Los instrumentos normativos sobre contratación electrónica en otros lados del mundo.

La preocupación por la incorporación del Derecho al uso de las tecnologías de la información ha surgido en todo el mundo. Algunas de esas manifestaciones han sido antecedente importante para lo legislado en México. Tanto las primitivas legislaciones (como la del estado de Utah) como las leyes de Alemania, de España, las directivas de la Unión Europea y en particular **las leyes modelo de la CNUDMI** (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL)¹⁰ **sobre comercio electrónico** (16 de diciembre de 1996) y **firma electrónica** (5 de julio de 2001) y sus correspondientes “guías para la incorporación al derecho interno” distribuidas a los países miembros con la recomendación a éstos de su adopción, han sido antecedentes fundamentales. En el siguiente cuadro se presenta una relación de las legislaciones que sirvieron de base al legislador mexicano, así como otras que se han seguido produciendo en el mundo sobre el tema y que constituyen sin duda un referente.

Cuadro. Los antecedentes y referentes en materia de legislación sobre comercio y firma electrónicos en el mundo.¹¹

Países	Legislación
ALEMANIA	El 13 de junio de 1997 fue promulgada la Ley sobre Firmas Digitales y el 7 de junio del mismo año, fue publicado su Reglamento.
ARGENTINA	El 17 de marzo de 1997, el Sub-Comité de Criptografía y Firma Digital, dependiente de la Secretaría de la Función Pública, emitió la Resolución 45/97 -firma digital en la Administración Pública- el 1998 Decreto N° 427/98, que permite el uso de Firma Digital para los actos internos del Sector Público Nacional. 14/12/2001 Ley de Firma Digital para la República Argentina 25/506.
Comunidad Económica Europea	Diciembre de 1999.Directivas en materia de firmas electrónicas. Marco Comunitario.
CANADÁ	British Columbia Bill 13-2001, The Electronic Transactions Act.
COLOMBIA	Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación
CHILE	1999 Normatividad que regula el Uso de la Firma Digital y los Documentos Electrónicos en la Administración del Estado 2002 Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación.

¹⁰ UNCITRAL : United Nations Commission for International Trade Law. INFORME DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 29° PERÍODO DE SESIONES. JUNIO DE 1996. Naciones Unidas. Nueva York. 1996. Páginas 48,49 y 70 a 77.

¹¹ Información tomada de: REYES KRAFT, ALFREDO. La Firma electrónica y las Entidades de Certificación. Tesis Doctoral, Universidad Panamericana. México 2002. Así como de una conferencia escuchada al mismo Dr. Reyes Krafft.

ESPAÑA	17 de Septiembre de 1999, Real Decreto Ley 14/1999 sobre Firmas Electrónicas. Instrucción sobre el Uso de la Firma Electrónica de los Fedatarios Públicos
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	<p><u>UTAH</u> En mayo de 1995 fue emitida la primera ley sobre firmas digitales por el Estado de Utah, y es conocida como “Utah Digital Signature Act”.</p> <p><u>ABA</u> El Comité de Seguridad de la Información, de la División de Comercio Electrónico, de la American Bar Association, emitió, en agosto de 1996, la “Guía de Firmas Digitales”.</p> <p><u>NCCSL</u> El 15 de agosto de 1997, la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Derecho Estatal Uniforme, elaboró la “Uniform Electronic Transactions Act” (UETA), la cual se aprobó el 30 de julio de 1999. El 4 de agosto del 2000 se aprobó la “Uniform Computer Information Transactions Act” (UCITA), la cual se encuentra en proceso de adopción por los diversos Estados de la Unión Americana.</p> <p><u>PRESIDENCIA</u> El 30 de junio el 2000 se emite la “Electronic Signatures in Global and National Commerce Act” (E-Sign Act.) vigente a partir del 1 de octubre del 2000 (otorgando a la firma y documento electrónico un estatus legal equivalente a la firma autógrafa y al documento en papel).</p>
ITALIA	<p>15 de marzo de 1997, fue publicado el “Reglamento sobre: Acto, Documento y Contrato en Forma Electrónica” aplicable a las diversas entidades de la Administración Pública.</p> <p>15 de abril de 1999 las reglas técnicas sobre firmas digitales.</p> <p>23 de enero del 2002 ley sobre firma electrónica.</p>
JAPÓN	1 de abril de 2001 Ley sobre Firma Electrónica y Servicios de Certificación.
PANAMÁ	3 de agosto de 2001 Ley 43 de Comercio Electrónico
PERÚ	2000 Ley No. 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales
VENEZUELA	2001 Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

Se puede decir que México ha adoptado las Leyes Modelo de CNUDMI mediante dos grupos de reformas legales: unas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000 y otras el 29 de agosto de 2003, así como con la expedición de la NORMA Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, “Prácticas comerciales-Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos”. Con esas reformas se ha introducido tanto en el Código Civil Federal como en el Código de Comercio las normas básicas que permiten la celebración de actos jurídicos usando para ello los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología que pueda surgir en el futuro.

Otras legislaciones y normatividades administrativas han abundado en el tema abriéndose al uso de las tecnologías de la información al tráfico jurídico cotidiano, La Ley Federal de Protección al Consumidor, La Ley del Proceso Administrativo, El Código Fiscal de la Federación, las diversas leyes fiscales, las normas administrativas de la Secretaría de la Función Pública (antes SECODAM) etcétera, son ejemplo de ello.

Capítulo aparte requerirá el tratamiento del tema en la materia financiera, aunque es menester precisar que esta plataforma legislativa es totalmente válida para las operaciones del sistema financiero ya que éstas se dan en el entorno jurídico del derecho mercantil y del administrativo.

4 Los nuevos principios jurídicos.

La introducción de las tecnologías de la información al Derecho contractual ha producido la creación de una serie de nuevos principios jurídicos en los que se sustenta ésta. Es menester analizarlos y conocerlos a fin de comprender el fenómeno jurídico que se produce con ello.

4.1 Imputación de efectos jurídicos.

El primer principio refiere a la relevancia primordial que tiene la imputación de los efectos jurídicos de un acto por encima de otros elementos de identificación de los elementos que juegan en la celebración del mismo. En efecto, las categorías tradicionales de lugar, tiempo e identificación de las partes de un acto no aplican aquí con todo rigor, es más importante determinar en quién van a recaer los efectos jurídicos. Esto es importante en materia de definición de los ámbitos de validez de lugar y de momento del acto jurídico.

4.1.1 Ámbito espacial de validez de los contratos de operaciones electrónicas.

El punto es: ¿En dónde se forma el consentimiento?, ¿En dónde se ha celebrado el contrato?, ¿En dónde deben producirse los efectos jurídicos (pago)?

Uno de los efectos primordiales de la electrónica es desaparecer las dificultades que ofrecían antiguamente las distancias. Éstas prácticamente desaparecen y convierten a la actuación de los seres humanos en un permanente “aquí”. Parece ser más relevante cuál computador o cuál nodo registró un proceso que el lugar geográfico donde éstos están ubicados.

Sin embargo, para efectos jurídicos, resulta crítico el determinar la ley que debe regir el acto jurídico y las autoridades que deben conocerlo cuando se establece un conflicto. No sólo intervienen el domicilio de cada una de las partes o el domicilio del lugar de la celebración o del cumplimiento del contrato, como en los contratos normales, sino que pueden aparecer lugares diversos, por ejemplo los de la ubicación del computador que reúne la información, del nodo de comunicaciones que la transmite, o el domicilio de la empresa que administra los servicios electrónicos, o el de los Bancos corresponsales que participaron en el camino.

En materia de transferencias electrónicas de fondos el concepto de lugar de pago toma otras características puesto que no se trata del lugar donde físicamente se entregan bienes objeto de la obligación, pues no existe una entrega física de dinero necesariamente; se trata más bien que el acreedor tenga disponibles los fondos en una cuenta a su nombre o en un lugar donde no le resulte necesario al deudor hacer una nueva transferencia.

Por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, por ello, si los fondos quedan a disposición del acreedor en una cuenta o en un banco del domicilio de éste, la norma del lugar de pago habrá quedado satisfecha. Si los fondos quedan en un lugar de donde traerlos requiere una nueva transferencia, con el consiguiente costo, el pago no habrá sido hecho correctamente y el deudor incurrirá en mora y tendrá que soportar los gastos de la transferencia final.

Si una deuda se solventa colocando en una cuenta propiedad del acreedor, o en un banco a disposición del acreedor en un lugar lejano a su domicilio, podría tener consecuencias fiscales tanto en el lugar de domicilio como en donde se recibe. La legislación fiscal puede considerar utilidad el dinero recibido en una cuenta aunque no sea el domicilio del contribuyente e impactarlo fiscalmente, o bien, puede estimar gravable el dinero que se coloca en otro lugar diverso del domicilio, así sea un paraíso fiscal.¹²

La aplicación de las disposiciones normales sobre ley aplicable y autoridades competentes pueden no resultar totalmente claras para resolver un conflicto específico en estas materias.

4.1.2 El ámbito temporal de validez de los contratos de operaciones electrónicas.

¿En qué momento se forma el consentimiento?, ¿En qué momento se considera que el pago está hecho?

Si aplicamos las normas del contrato entre ausentes, la resolución es sencilla: el momento de la recepción de la aceptación. En virtud de que los medios electrónicos son excepcionalmente claros en este respecto, la determinación del momento preciso será fácil de determinar.

Lo curioso es que no siempre podríamos hablar de las normas de contratos entre ausentes, es posible que un contrato sea formado por la conjunción de dos peticiones en un sistema de información (un computador).

En contratos de adhesión y contratos tipo, el oferente ya ha puesto sus bases y lo único que se requiere es que la otra parte diga que sí.

Muchas de estas operaciones, las llamadas paramétricas, son el resultado de un llenado de condiciones. Vg. la concesión de créditos, las disposiciones de efectivo en cajeros permanentes (ATM - Automatic Teller Machine). En todos estos casos los mismos equipos electrónicos son los que concluyen la operación, son los que dicen cuándo, precisándose hasta la hora exacta, el acto está celebrado de forma vinculatoria para las partes.

En toda transferencia electrónica de fondos la norma generalmente aceptada es que el pago está hecho y la obligación cumplida cuando los fondos quedan a disposición y al alcance del accipiens y el solvens ya no tiene que hacer ningún esfuerzo extra. Así si la obligación de pago consiste en que los fondos queden disponibles en Nueva York, el día 29 de junio antes de las 11:00 horas de esa ciudad, no importará que el accipiens, quien radica en Guadalajara, tenga que hacer una nueva transferencia hasta su cuenta en esa ciudad y para eso deberá tener que consumir otras 24 horas.

4.1.3 La identidad de quien celebra un acto jurídico.

Supóngase que una persona encomienda a su hijo de 17 años el que entre por medio de Internet a sus cuentas bancarias, para lo cual le proporciona sus claves de acceso, ordene una venta mas o menos cuantiosa de valores de su contrato de inversión, y con los fondos así obtenidos realice un pago a su tarjeta de crédito, transfiera unos fondos a la cuenta de su esposa y deje el saldo en una cuenta de cheques. Las preguntas serían: ¿se otorgó un mandato?, ¿no será éste nulo por falta de forma?, ¿no serán nulas las operaciones por haber sido hechas por un menor de edad? Imagínese a continuación que este menor,

¹²Véase MÉJAN , LUIS MANUEL C. .- Transferencia Electrónica de Fondos. Aspectos Jurídicos.- Fomento Cultural Banamex, A.C.- México 1990.- pag. 54

aprovechando que tiene acceso a las cuentas de su padre, ordena un traslado a su propia cuenta, ¿podrá impugnarse esta operación en virtud de que el menor no contaba con facultades para ello?

La respuesta es que, dadas las condiciones de la contratación que el Banco tiene celebrada con el cliente, en este caso el papá, todos esos actos se van a imputar a la persona y al patrimonio de éste. La falta de mandato formal, la minoría de edad, el no contar con instrucciones, son datos irrelevantes. Lo que cuenta es que la imputación de esos efectos jurídicos debe hacerse en la persona y el patrimonio de él.

Este manejo de la imputación de efectos jurídicos no es una figura extraña al Derecho, de hecho ya existen otras figuras que adoptan el principio. La más clara de ellas es la figura de la Representación, en ella no importa quién es la persona que física y materialmente está celebrando un acto jurídico, sino en quién van a recaer los efectos jurídicos del mismo, ya sea porque hay un contrato de mandato, un poder, una asignación legal o judicial o de representación o por el hecho de ocupar uno de los órganos de una persona moral. Otras figuras similares se dan, para citar ejemplos: en el contrato consigo mismo, al fin una figura de representación; en la llamada teoría de la apariencia que se da en figuras como el del factor y dependiente y en el no desconocimiento de personalidad por quien haya permitido a otro ostentarse como representante en materia de títulos de crédito; en los fenómenos de mancomunidad en donde el quehacer de uno impacta en la esfera jurídica de las personas con quienes comparte ya la simple mancomunidad, ya la solidaridad; así como en las consecuencias de los derechos reales que siguen a la cosa independientemente de quién sea su propietario.

4.2 Neutralidad tecnológica.

Este es un principio rector de toda normatividad sobre medios tecnológicos. Dada la facilidad con que la obsolescencia puede presentarse en el uso de medios tecnológicos debido al constante progreso y mejoría que caracteriza a tales productos, es menester que la normatividad sea lo suficientemente amplia de espectro para que no se produzca la necesidad de cambiar la ley porque las circunstancias tecnológicas han cambiado. Es decir, que la obsolescencia de la tecnología no arrastre la obsolescencia de la norma.

El Código Napoleón es una joya jurídica, entre otras cosas porque ha vivido más de doscientos años y sus disposiciones siguen, en lo general, teniendo una total aplicación a las realidades de un mundo que evidentemente ha cambiado y evolucionado. Esa sencillez y amplitud de espectro es lo que se espera en las normatividades sobre tecnología, evitando el ligarse forzosamente a una tecnología en especial.

Este principio de neutralidad tecnológica es el que explica expresiones como las que usa el Código de Comercio: *“medios electrónicos, ópticos, o por cualquier otra tecnología”*

4.3 Equivalencia funcional.

Al amparo de este principio se busca que los medios tecnológicos provean las mismas funciones que los tradicionales, de tal suerte que cuando la ley ordena la forma escrita, se refiera a un documento, especifique la necesidad de un original o requiera la firma de un documento, tales extremos puedan ser válidamente conseguidos con un mensaje de datos, una firma electrónica avanzada, la encriptación del mensaje de datos y un medio de conservación electrónico (chip, tarjeta, disco, etc.).

4.4 Uso de terceros confiables.

A fin de que los instrumentos tecnológicos puedan cumplir con esa equivalencia funcional es importante el uso de una tercera persona que le va a dar seguridad jurídica al contenido de tales medios electrónicos de modo que no sólo se trate del dicho de las personas que han celebrado un acto por medios tecnológicos sino que esta celebración, la identificación de los autores a los que debe imputarse el acto resulte indubitable y el contenido del mismo pueda mantenerse y consultarse posteriormente en forma inalterada.

Los proveedores de servicios de certificación son entidades (personas físicas o morales) técnicamente competentes, que cuentan con reconocimiento de la autoridad quien los califica y supervisa en lo tecnológico, en lo moral y en lo jurídico para que puedan hacer la certificación de autenticidad de una firma electrónica avanzada, herramienta fundamental no sólo para la identificación de los autores sino para la certificación y conservación de los instrumentos jurídicos producidos.

4.5 No alteración del derecho preexistente.

Los usos de las tecnologías de la información y especialmente las normatividades creadas con motivo de tal uso han tenido buen cuidado de no producir una alteración en el régimen jurídico ordinariamente aplicable. El hecho de que contratos (y otros actos jurídicos) se puedan celebrar por esos medios no implica que deban entronizarse nuevas normas en la Teoría General de las Obligaciones, en el derecho de los Contratos, en el Derecho Mercantil o en el derecho que rige la celebración de operaciones típicas del sistema financiero mexicano: un avío, un factoraje, una apertura de crédito, una fianza, un seguro, un contrato de intermediación bursátil, seguirán siendo regidos por la legislación que les es peculiar aún cuando se celebren por medios tecnológicos. La normatividad especial sólo aplica a la regulación de esos medios a fin de dar seguridad jurídica y confiabilidad a las operaciones, pero no alterará el régimen substancial de derecho que las rige.

Este principio es tan sólido que ha llevado a algunas normatividades (por ejemplo la directiva de la Unión Europea en esta materia) a cuestionar si tales tecnologías deben ser usadas en operaciones tales como cuestiones familiares, operaciones inmobiliarias, operaciones de crédito y garantías o en aquellas que requieren intervención de autoridades (por ejemplo una compraventa otorgada por el juez en rebeldía del vendedor).

4.6 Buena fe.

Este es un principio tradicional del derecho civil y mercantil, toda la ciencia del llamado derecho privado está en partir de la base que las personas involucradas en una relación jurídica lo hacen de buena fe. Este principio debe reforzarse aquí, no es posible poner el énfasis en pensar que la gente actúa con dolo y mala fe. Si así fuera, los códigos civil y mercantil y, para el caso que ocupa el presente, las legislaciones de las operaciones financieras tendrían que convertirse en instrumentos sumamente casuísticos y centuplicar las normas de sanción y penales.

Quizá lo que produzca en muchos comentaristas que analizan estos nuevos fenómenos tecnológicos a la luz del derecho, es el hecho de sentirse incómodos con la novedad, normalmente el cambio es rechazado en su inicio y tantos siglos de vivir pegados a la tinta y al papel no pueden borrarse de la noche a la mañana. Junto con esa incomodidad que produce la novedad aparece el temor de la inseguridad, quizá alentados por la ciencia

ficción en novelas y películas en donde con mucha facilidad se alteran los sistemas electrónicos y se producen consecuencias monumentales.

Lo cierto es que los procesos electrónicos son más seguros que los procesos ordinarios. Los papeles pueden mojarse, quemarse o deteriorarse con el tiempo, las firmas autógrafas son falsificables; lo que pasa es que ya se sabe como tratar esos riesgos y a pesar de que son eso: riesgo, no aparece la incomodidad. La electrónica ha desarrollado una gran cantidad de procesos que brindan seguridad.

Los intermediarios financieros, grandes promotores de la operación por medios tecnológicos, son los primeros en desear una operación segura, no pueden permitirse otra cosa, su patrimonio y su continuidad en el negocio les exige ser seguros y dar seguridad a su clientela.

4.7 Libertad contractual.

Lo primero que debe de ser defendido en la vida jurídica es que la actuación de los individuos sea dentro de un amplio espacio de libertad. Un Derecho que no promueva la libertad difícilmente puede ser llamado Derecho. Éste es la promoción del ser humano, es la herramienta para que el individuo pueda interactuar con los demás dentro del orden y en busca del bien común, la justicia y la seguridad, sin libertad no se logran esos fines superiores del Derecho.

Los medios electrónicos deben de ser vistos no como una esclavitud impuesta al contratante sino como una opción más que le permite lograr los propósitos que persigue. Los individuos deben de ser dejados en libertad respecto de los medios de contratación. Especialmente en las primeras épocas del uso de las tecnologías de la información, debe ofrecerse al público la posibilidad del uso de medios tradicionales junto a los medios electrónicos.

La legislación civil y la mercantil llegaron a establecer en sus balbuceos de acercamiento a la contratación por medios tecnológicos (la contratación por telégrafo o por teléfono) un principio que se mantiene válido hoy en día y especialmente para la operación de contratos con el sistema financiero: el celebrar previamente un “contrato normativo” que regule cómo se usarán y con qué efectos jurídicos, los medios tecnológicos.

Estos contratos, al igual que los que ofrecen los servicios del sistema financiero son, por lo regular, contratos de adhesión en donde al cliente sólo le queda la posibilidad de decir: “lo acepto” o “no lo celebro” y si lo acepta, apegarse con rigor al *modus operandi* del mismo.

Estos son los temas que se analizan a continuación en este apartado relativo a la libertad contractual.

4.7.1 Contrato Normativo.

Contrato Normativo es el tipo de contrato al que se refieren el Código Civil, el de Comercio y la legislación del Sistema Financiero cuando autorizan y regulan la celebración de operaciones por medios "modernos". Algunos lo llaman también "contrato marco"

¿Cuál es la naturaleza de tal contrato? Alberto Pacheco los menciona como: *“contratos preparatorios, en el sentido que no tienen una finalidad en sí mismos, sino se celebran con vista a la realización de otros contratos posteriores”* El mismo Pacheco cita a Luigi Cariota (*Il negozio giurídico nel diritto privato italiano*) : *“los contratos normativos tienen por objeto la disciplina de negocios jurídicos eventuales y futuros. A diferencia de*

los contratos preliminares, no producen ninguna obligación de celebrar el contrato futuro; sólo con ellos, se fija el contenido de los futuros contratos.”¹³

Contrato normativo es, pues, aquel que establece las normas sobre las cuales se desempeñarán futuras obligaciones y derechos que surgirán dadas determinadas eventualidades o condiciones previstas por los contratantes.¹⁴

Es un contrato bilateral, puede ser oneroso o gratuito, se redacta por escrito (*probationis causa*), requiere plena capacidad de los contratantes y describe, como ya se dijo, la forma en que se realizarán los contratos, operaciones y diversos actos jurídicos, a través de medios electrónicos.

Cada uso de un medio electrónico, en el contexto de dicho contrato, supone la concreción de los actos contratados, será el darse las condicionantes fácticas que permitan la producción de fenómenos jurídicos. De esta suerte, parece irrelevante que la comunicación y la negociación se haga por estos medios. Las partes ya lo aceptaron y están dispuestas a aceptar las consecuencias de Derecho que se deriven.

Para celebrar el contrato normativo se requiere conjuntar todas las normas de capacidad y representación del derecho común, pero para accionar los medios, ello ya no resulta indispensable, basta que quien use los medios electrónicos use las claves o medios de identificación pactados en el contrato para que la operación sea completa y jurídicamente concluida, las voluntades de las partes ya se encontraron previamente. Materia completamente distinta será si es un menor el que, en contra de la voluntad de su padre, o un empleado contra la voluntad de su principal, o un extraño delincuente que habiéndose apropiado de las claves acciona los sistemas. Habrá consecuencias civiles, laborales y penales, pero en nada se afectará la realización de las operaciones celebradas por esos medios ya que fueron hechas en los términos del contrato normativo de referencia.

El contrato normativo previo es pues el soporte jurídico global a los fenómenos de voluntad en la celebración de estas operaciones.

En caso de que no exista un contrato normativo previo, ¿puede formarse la voluntad?, ¿Puede decirse que hay la celebración de un contrato? La respuesta es sí. Tratándose de un contrato consensual, no hay duda que el acto jurídico está celebrado. Si fuera un contrato formal podría estarse en la presencia de un acto nulo por falta de forma, pero con la posibilidad (*actio pro-forma*) de exigir que ésta se dé.

Es usual el que se esté frente a un típico contrato de adhesión, en donde el solicitante hace una oferta universal, cuando el usuario emite su aceptación y ésta es recibida por el policitante (se trata, en materia financiera, de una operación mercantil) el contrato está celebrado.

El manifestar el consentimiento por medios electrónicos es un consentimiento “expreso” (Artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal “..., *verbalmente, por escrito o por signos inequívocos...*”) y aún si se pensara que no lo es, debe llamarse la normatividad del consentimiento tácito, consistente en la conducta de las partes de tal suerte que no deja lugar a dudas de que hubo la voluntad de contratar. Se tratará de un problema de imputación de determinadas consecuencias jurídicas a las partes como producto de la voluntad manifestada por estos medios.

¹³PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO.- La contratación por medios electrónicos. en Homenaje a Manuel Borja Martínez. Editorial Porrúa. México, 1992.

¹⁴Véase: MÉJAN , LUIS MANUEL C. - Transferencia Electrónica de Fondos. Aspectos Jurídicos. Fomento Cultural Banamex.- México, 1990. Pag. 38 y sig.

En un sano uso de las tecnologías modernas la celebración de ese contrato normativo previo no resulta necesaria puesto que se pueden lograr las identificaciones y los acuerdos necesarios usando simplemente tales medios, sin embargo, la legislación financiera no parece querer desprenderse de los bagajes anteriores y lo sigue disponiendo.¹⁵

4.7.2 El contrato de adhesión.

Lo más usual es que los actos jurídicos, relativos a operaciones del sistema financiero, que se puedan celebrar por estos medios sean contratos de adhesión, contratos tipo. Lo anterior tanto en el caso de los contratos normativos como en los casos de servicios que se ofrecen al público y para los que no se celebra un contrato normativo.

Las características clásicas del contrato de adhesión se dan en la especie:

1. - El contrato de adhesión supone una desigualdad entre los dos contratantes. Uno es más dueño de lo necesario para contratar que el otro.
2. - La oferta de contrato reviste un carácter de generalidad; no se ofrece a una persona determinada sino al público en general o a un segmento de ese público que tiene alguna característica en común.
3. - El contrato, en su confección, es obra exclusiva de una de las partes.
4. - Es, por lo general un contrato complejo. Se deriva de una empresa con una organización técnica compleja sobre la que la parte adherente no tiene conocimiento pues no está al corriente de las necesidades técnicas de la empresa.¹⁶

Esta es la situación que es más común, primero porque se trata de servicios que son ofrecidos masivamente por un prestador profesional de tales servicios. Segundo, porque la prestación de tales servicios requiere un despliegue de infraestructura y de una operación completamente estandarizada en la que es muy difícil negociar y establecer “trajes a la medida”. El servicio o funciona de la manera que el prestador tiene establecida o no funciona, así lo exige su sistema, sus costos y la estructura misma del servicio, la automatización consiste precisamente en crear procesos repetitivos que siguen la inflexible lógica de “si es A, debe ser B”. En suma, el acto jurídico consiste simplemente en aceptar una policitud permanente hecha por el oferente.

4.7.3 La nueva “solemnidad”.

En el tema de formalidad y por la estructura de operación de los sistemas electrónicos, ningún acto jurídico se podrá celebrar si no se teclean precisamente los caracteres requeridos, un pequeño error, una alteración de un número o de una letra, un desorden en el proceso, producirán que la operación no se celebre. Esta es una constricción severa a la actuación del particular.

El problema ya es diverso, ya no es cosa de determinar si la “forma” es un requisito de validez o de existencia, simplemente el acto jurídico no llega a darse, porque fácticamente **no pasó nada**. Si una persona se equivocó al digitar el último número de su clave personal (Personal Identification Number - PIN) el cajero automático no procesará la operación, no sucedió nada, ni de hecho, ni de derecho. Es un nuevo tipo de “solemnidad”.

¹⁵ Véanse artículos 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, 200 fracción V, 245, Ley del Mercado de Valores; 36 E de la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; 86 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

¹⁶Véase WEILL, ALEX ET TERRE, FRANÇOIS.- Droit civil. Les Obligations. Dalloz, Paris, 1986.Pag. 91.

En materia de contratación electrónica el seguir el procedimiento instruido (pactado) es una condición sine qua non para la celebración de un acto jurídico.

4.7.4 El riesgo de la no privacidad.

Uno de los temas que más preocupa a la gente que se enfrenta a las tecnologías modernas es el que su uso puede permitir que su información sea conocida por gentes no deseadas. El temor no es más que el fruto de la necesidad de conservar privado aquello que está en las esferas de la intimidad (la información financiera es claramente una de esas cosas). Si a ello se le añade el temor a lo desconocido se tendrá una de esas actitudes perfectamente explicables.

El temor al uso de nuevas tecnologías es un tema cultural y generacional que se superará con la práctica -el uso inveterado- y con el tiempo.

Las normas de confidencialidad que sujetan a los intermediarios financieros garantizan que la información de los clientes no será conocida por quien no tiene derecho a tener acceso a ella. Además puede afirmarse, igual que con la seguridad, que la confidencialidad es más cuidable con el uso de las tecnologías modernas que con los métodos tradicionales.

4.7.5 Primera norma: el pacto entre las partes.

Este principio consiste en la gran regla de oro de todo el sistema jurídico de la contratación que también está presente en el caso de cuando ésta se celebra con medios tecnológicos. No es más que el principio de la autonomía de la voluntad que se enuncia “La voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos”.

Si se observan todas las disposiciones de las Leyes Modelo de Comercio Electrónico y de Firma Electrónica, así como la adopción que de ellas ha hecho el legislador mexicano, se percibirá que todas las normas sólo operan como supletorias de la voluntad no expresada de las partes.

4.7.6 Protección al consumidor.

Por las razones expuestas antes en este apartado, las normas e instituciones de protección al consumidor (Profeco) y a los usuarios de servicios financieros (Condusef) deben de cuidar especialmente el efectivamente brindar una protección y hacer esfuerzos de educación de dicho público usuario.

En el caso de las operaciones del sistema financiero se encuentran dos partes en posiciones disímbricas. El prestador del servicio tiene todo el manejo y control de los equipos, los registros y memorias de lo celebrado, de la firma electrónica, etcétera. El usuario del servicio puede no llegar a tener casi nada bajo su control, un plástico con banda magnética, para intentar probar algo; por otro lado, un usuario sofisticado tendrá su propio equipo con el que estableció la comunicación y el diálogo con los equipos del prestador de servicio, una comparación de ambos registros traerá la verdad.

La Ley de Protección al Consumidor incorporó, con la reforma de 29 de mayo de 2000, los principios de protección al consumidor de bienes y servicios electrónicos pactados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) - Artículos 1°, 24 y 76 bis – Es previsible que esta legislación añada con el tiempo nuevas normas tendientes a la protección de usuarios sobre todos los que se colocan en posición de desventaja frente a la entidad financiera.

4.8 Compatibilidad internacional.

Es evidente que hoy el mundo opera con unas fronteras debilitadas, el fenómeno de la globalización ha llevado a dar una mayor importancia al tradicional Derecho Internacional Privado. Esto es especialmente trascendente en una materia en la que es muy difícil saber dónde se encuentran las partes contratantes. Un viajero en Estocolmo puede celebrar una operación con un colega francés que en ese momento se encuentra en Buenos Aires. Su comunicación se estableció por Internet y nadie sabe en qué lugar están ubicados los servidores que recibieron y transmitieron sus mensajes de datos. De ahí la importancia del explicado principio de la imputación de los efectos jurídicos a la luz de otras normas diversas a las tradicionales.

Esta situación es la que lleva a pedir que el criterio de interpretación de las normas relativas a las operaciones de comercio y firma electrónica sea precisamente su carácter internacional y que se busque con ello la mayor reciprocidad y la mayor igualdad de trato a los contratantes.

5 La contratación electrónica de operaciones financieras.

5.1 La Legislación que rige las operaciones del Sistema Financiero.

La Legislación ad hoc del Sistema Financiero es la primera históricamente en México, que ha regulado la celebración de actos jurídicos por medios electrónicos. Esto es así por la razón que ya se ha expuesto antes en el sentido de que es en el sistema financiero donde lógicamente se dan las operaciones económicas hechas por medios electrónicos¹⁷.

A dicha regulación consagran las leyes del sistema, varios artículos expresos: ¹⁸ (52 y 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, 200 fracción V, 245 de la Ley del Mercado de

¹⁷ En la 69 Convención de la Asociación de Bancos de México A.C. se reportó que diariamente se practican 231,000 operaciones por Internet.

¹⁸ Se transcribe de la Ley de Instituciones de Crédito, el artículo 52, cuyo texto es igual a los que consignan las leyes de Seguros y de Fianzas:

"Artículo 52.- Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:

I. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte;

II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y

III. Los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.

El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustitución de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio."

Artículo 68.- Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo hará fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuatarios, en todos los casos en que por establecerse así en el contrato:

I. El acreditado o el mutuatario pueda disponer de la suma acreditada o del importe de los préstamos en cantidades parciales o esté autorizado para efectuar reembolsos previos al vencimiento del plazo señalado en el contrato, y

II. Se pacte la celebración de operaciones o la prestación de servicios, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados.

De la Ley del Mercado de Valores:

200... V. En caso de que las partes convengan el uso de medios electrónicos, de cómputo o de telecomunicaciones para el envío, intercambio y en su caso confirmación de las órdenes y demás avisos que deban darse, incluyendo la recepción de estados de cuenta, habrán de precisar las claves de identificación recíproca y las responsabilidades que conlleve su utilización.

Valores; 36 E de la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; 86 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) de los que se pueden desprender los siguientes lineamientos:

- Es menester el otorgamiento de un Contrato Normativo previo para regular la celebración de diversas operaciones financieras por medios electrónicos.
- Las operaciones a las que aplica deben determinarse en la contratación.
- Deben convenirse los medios de identificación que se usarán (firma tecnológica).
- Se señalarán la responsabilidades correspondientes al uso de tales medios (soporte de la imputación de efectos).
- Se otorga a la llamada “Firma Electrónica” el mismo valor que la firma autógrafa (equivalencia funcional).
- Los mensajes de datos que se generen tendrán el mismo tratamiento, en especial para efectos de prueba, que los documentos (equivalencia funcional).
- Se podrá usar la vía ejecutiva cuando las responsabilidades del deudor sean originadas por operaciones realizadas por medios electrónicos.

Es significativo que la Ley del Mercado de Valores de 2006 privilegia el que el mercado opere por esos medios cuando dispone en su artículo 245: *“Las bolsas de valores deberán privilegiar la utilización de medios electrónicos para lo cual deberán establecer claves de identificación recíproca que sustituyan la firma autógrafa, a fin de permitir el acceso a sus sistemas automatizados.”*

El Código de Comercio y, en general la legislación mercantil es la legislación supletoria aplicable a prácticamente todas las leyes del sistema financiero mexicano, por ello la normatividad relativa al comercio y la firma electrónicos (Título Segundo del Código de Comercio, artículos 89 a 114) es aplicable a todo el sistema.¹⁹

5.2 La contratación electrónica en la legislación mercantil.

5.2.1 Definiciones de conceptos:

El artículo 89 del Código de Comercio arranca el capítulo haciendo definiciones de un grupo de conceptos que son de uso novedoso en el lenguaje jurídico pero que resultan indispensables: Certificado, Datos de Creación de Firma Electrónica, Destinatario, Emisor, Firma Electrónica, Firma Electrónica Avanzada o Fiable, Firmante, Intermediario, Mensaje de Datos, Parte que Confía, Prestador de Servicios de Certificación, Sistema de Información, Titular del Certificado. De ellos conviene precisar al menos tres que serán importantes para el desarrollo y comprensión de este capítulo:

- Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.
- Sistema de Información: cualquier medio tecnológico para operar mensajes de datos.
- Firma electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier

Las claves de identificación que se convenga utilizar conforme a este artículo sustituirán a la firma autógrafa, por lo que las constancias documentales o técnicas en donde aparezcan, producirán los mismos efectos que las leyes otorguen a los documentos suscritos por las partes y, en consecuencia, tendrán igual valor probatorio.

¹⁹ Artículos de leyes financieras que establecen la supletoriedad de la legislación mercantil y/o el Código de Comercio: LIC, 6; LACP, 8; LPAB,1; LSP, 9; LSI, 3; LTFCCG, 2; LBM,68; LOAAC, 10; LRAF,4; LFIF, 113; LMV, 5

tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

5.2.2 Presunciones.

La legislación de comercio electrónico establece una serie de presunciones las cuales pretenden tan sólo dejar clara la imputación de los efectos jurídicos del envío de un mensaje de datos. Estas presunciones aplican para la policitación como para la aceptación. No se trata de un régimen de formación del consenso sino tan sólo determinar eso: los momentos de expedición y recepción.

Las regla de oro es que debe aplicarse lo que las partes hayan pactado en sus relaciones jurídicas, estas normas presuncionales son tan solo supletorias de la voluntad de las partes contratantes.

Se presume que un mensaje de datos proviene del emisor si: lo envía él, si usa medios de identificación propios de él, si se usa un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente o si se haya aplicado el procedimiento pactado para identificar el mensaje de datos (artículos 90, 90 bis Código de Comercio).

Respecto del momento de la expedición de un mensaje de datos se presumirá dicha expedición en el momento que el mensaje de datos entre a un Sistema de Información no controlado por el emisor o el intermediario (91 bis Código de Comercio).

Se presumirá que un mensaje ha sido recibido: si el destinatario designó sistema de información, desde que el mensaje de datos ingresó a él; si no se designó, cuando se recibe en un sistema del destinatario; si no se designó o llega a otro sistema del destinatario, cuando éste recupera el mensaje de datos (91 Código de Comercio).

En los casos en que el pacto entre las partes requiere que se produzcan acuses de recibo de los mensajes de datos, este puede operar por cualquier tipo de comunicación o si no conforme las presunciones siguientes: El mensaje de datos se entenderá enviado hasta que se recibe el acuse de recibo y se presume recibido cuando el emisor recibe el acuse de recibo (92 Código de Comercio).

Por lo que hace al lugar de expedición y al de recepción se presumirá como tales el establecimiento del emisor (o del receptor), si tiene varios, el más relacionado con la operación subyacente; y si no tiene establecimiento, su residencia habitual (94 Código de Comercio).

5.2.3 Celebración de contratos por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Los contratos podrán celebrarse, cuando la ley exija la forma escrita, usando un Mensaje de Datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. Si se exige la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes.

Si se trata de un contrato que deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá

hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige. O dicho de otra forma, no podrán negarse efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos.

En suma, el requisito es que cuando se usen estos medios deben las partes asegurarse que se pueda identificar (hacer la imputación) a los celebrantes, que la información se mantenga íntegra y se mantenga accesible para posterior consulta, sin alteración.

Para proveer a la conservación inalterada de los mensajes de datos, la Secretaría de Economía ha emitido, según lo ordena la ley, la Norma Oficial NOM-151-SCFI-2002 publicada en el Diario Oficial de la Federación de 4 de junio de 2002 (artículo 49 Código de Comercio).

5.2.4 La firma electrónica.

La firma tiene por función: autenticar a los otorgantes de un acto, validar el contenido jurídico de un documento y dejar constancia del otorgamiento del consentimiento.

En todos los casos de forma escrita, aparece la firma autógrafa como reina de la manifestación del consentimiento²⁰ pues se parte de la creencia de que es única e irrepetible pues todo individuo escribe distinto a los demás y ello permite la atribución ineludible. Aunque la legislación mercantil no la define, a través de alguna decisión jurisprudencial y de lo que se ha escrito en algunos otros códigos (el Civil de Jalisco, por ejemplo) se puede concluir que la firma consiste básicamente en escribir de puño y letra el nombre pudiendo añadirse algún grafismo o rúbrica. La costumbre ha hecho que un individuo use solamente una sola forma de firmar pero nada impide tener varias.

Sin embargo, la ciencia ha desarrollado nuevas maneras de obtener los mismos propósitos: Los medios electrónicos contribuyen con una enorme riqueza de posibilidades de formalización: la incorporación en un archivo de un equipo de cómputo al que sólo acceden los que pueden celebrar el contrato, el uso del Número de Identificación Personal, la existencia de un plástico con banda magnética que es identificado por un lector, las huellas dactilares o de la palma de la mano, o de la misma voz, que pueden ir incluso insertas en el plástico de acceso, reconocidas por un lector, el número de fax, el uso de claves o contraseñas, y muchas otras similares.

La ciencia en la actualidad ha llegado a producir diversos parámetros de identificación biométrica, es decir basada en las características físicas del sujeto celebrante de un acto jurídico. Un estudio de las Naciones Unidas (UNCITRAL) presenta seis de estas técnicas: exploraciones de la retina que registran la firma visual de un individuo y la almacenan en un microprocesador; sistemas de identificación mediante la impresión del pulgar o de otros dedos; sistemas de quirogeometría, que miden, registran y comparan la longitud de los dedos, la translucidez de la piel, el grosor de las manos o la forma de la palma de la mano; dispositivos de verificación de la voz, que registran los tipos de voz y sus inflexiones; dispositivos de verificación de la firma, que detectan las características estáticas o dinámicas de la firma de una persona; dinámica del tecleo, que identifica a los

²⁰ Para un análisis de lo que es la firma en el Derecho Bancario véase ACOSTA ROMERO, MIGUEL.- Nuevo Derecho Bancario. Porrúa, México, 1995. Páginas 302 a 317.

individuos por su forma de escribir a máquina y por su ritmo. Estos productos biométricos están en capacidad de almacenar muestras y comparar con muestras recientes para autenticar. La máquina lee la huella y la convierte en un algoritmo matemático que se compara contra el impreso en la banda magnética o en los registros centrales.

Una tecnología que viene usándose exitosamente es la de asociar a las máquinas de puntos de venta un tablero digital (PIN - PAD POS - Point of Sale) que permita al usuario inscribir un “PIN” (Personal Identification Number; Número de Identificación personal) que se encripta (se convierte en un mensaje criptográfico), una variante es el dispositivo que permite registrar la firma autógrafa. El PIN o la firma así capturadas se transmiten “encriptados” al computador central que lo descifra.

Lo importante en una firma, cualesquiera que sea el método de ésta, es que sea fiable y que garantice la autenticidad, confidencialidad, integridad de la firma y del documento que calza así como la no repudiación de los mismos. Para ello debe ser única y vinculada a un firmante y permitir que se detecte cualquier alteración tanto de la firma como de todo el mensaje de datos.

Hoy en día el método más avanzado y seguro que se ha puesto en práctica en todo el mundo es una técnica criptográfica conocida como PKI (*Public Key Infrastructure* – Infraestructura de llave pública-) consistente en la obtención de una duplicidad de llaves mensajes de datos, interrelacionados entre sí de tal modo que uno lleve indefectiblemente al otro y viceversa sin posibilidad de error. Esto se logra por medio de un programa electrónico (algoritmo matemático) que, además, asegura que esa combinación no podrá repetirse nunca.

Una vez obtenidas esas dos “llaves” una se conserva, por su dueño, como “llave privada” y la otra, la “llave pública”, se da a conocer a todos los que se interrelacionen con esa persona. De esta suerte el sujeto envía el mensaje de datos firmado con su llave privada, el receptor aplicará la llave pública del mismo, si abre y es legible quiere decir que es indubitable que el dueño de las claves es el autor del mensaje. Su uso se limitó en un principio porque las técnicas de criptografía han sido consideradas por diversos gobiernos como materias estratégicas de seguridad nacional y eso había impedido su comercialización y su exportación.²¹ Hoy en día esta tecnología es usada ampliamente.

De esta manera se asegura la imputación de los efectos jurídicos de los intercambios de información a las personas que así interactúan.

La legislación mercantil ha establecido la plena validez de la firma electrónica (96, 97 1er. párrafo) como sustituto -equivalencia funcional- de la firma autógrafa. Considera una firma electrónica común y una firma electrónica avanzada, la primera es similar a la autógrafa común y corriente por lo que será válida si las partes la reconocen o puede ser atribuible a ellas. La segunda es la que está respaldada por un certificado y la hace similar a una firma autógrafa certificada por algún fedatario.

5.2.5 El Prestador de Servicios de Certificación.

Bajo el principio de participación de un Tercero Confiable, la Ley ha creado la figura del certificador cuya función es verificar la identidad del solicitante, asistirlo en la obtención de

²¹ Véase en la revista BANCA ELECTRÓNICA, números de Marzo y Abril de 1996, los artículos “LA PROTECCIÓN DEL PINPAD EN LAS OPERACIONES DE DÉBITO”, de la Compañía Verifone, traducción de Ma. Guadalupe Ramírez Tapia y “CRIPTOGRAFÍA” por Ignacio Mendivil Gutiérrez.

su firma electrónica avanzada (llaves pública y privada) y emitir el certificado que liga esas llaves con esa persona.

Estos prestadores de servicios pueden ser autoridades a las que las leyes les dan esa función (es el caso, por ejemplo, del Servicio de Administración Tributaria) o bien las instituciones financieras conforme las reglamentaciones que así lo regulen, los fedatarios (notarios o corredores públicos, o bien sociedades anónimas constituidas para tal propósito) que obtengan una autorización de la Secretaría de Economía que es la autoridad reguladora de esta materia.

La ley regula además: el contenido de los certificados, el periodo de vigencia de los mismos (no más de dos años), las obligaciones de los Prestadores de Servicios de Certificación, las facultades de las autoridades; las responsabilidades que tienen tanto el dueño de la firma como los terceros destinatarios que son las “Partes que Confían” y la forma de reconocer los certificados de firmas expedidos en el extranjero. Finalmente, el Ejecutivo Federal expidió el Reglamento del Código de Comercio en materia de Prestadores de Servicios de Certificación publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de julio de 2004, en vigor al día siguiente.

5.2.6 El temor de la inseguridad.

Todos esos medios son vistos con desconfianza por quien ve con ojos tradicionales, acostumbrados a la firma autógrafa, los demás medios que le podrían parecer ciencia ficción sumamente vulnerable. Asusta más la posibilidad de una falsificación precisamente porque se desconoce la seguridad que proporcionan.

Como se ha hecho de la firma autógrafa una verdadera solemnidad y se ha rodeado de ritos el momento en el que se estampan las firmas (testigos, notario, fotógrafos, obsequios e intercambios de las plumas) el cambiar esos ritos produce una sensación de inseguridad jurídica. ¿Se celebró verdaderamente el acto?, ¿no podrá algún "iniciado" sumergirse en esos aparatos del demonio y cambiar mi registro por otro?

Lo cierto es que las firmas y registros electrónicos, a pesar de lo que la ciencia ficción ha creado en películas y novelas, ofrecen mayor seguridad que los métodos tradicionales.

Los medios tradicionales tienen debilidades de seguridad, la firma autógrafa es falsificable, una falsificación puede no ser notable a simple vista y requerir complejos procesos de determinación de su autenticidad; de la identidad de una persona; se puede engañar a testigos y notarios; los registros públicos, incluso los que manejan folios reales, pierden hojas, expedientes o rastro de lo ahí inscrito, los documentos pueden alterarse, mojarse, quemarse; las tintas pueden perder firmeza con el tiempo o la temperatura. Lo que pasa es que ya se conocen estas debilidades y se sabe cómo tratarlas. Con los nuevos medios todavía no se sabe cómo tratar todos, que sí algunos, los posibles yerros. La obsolescencia se presenta tan rápidamente que la creatividad está puesta a prueba.

Por ejemplo, en un número compuesto por cuatro dígitos (lo usual en un PIN - Número de Identificación Personal-) las variantes posibles son 10,000, acertar cuál es de ellas, es verdaderamente remoto, máxime que se combina con otros sistemas de seguridad, por ejemplo el acompañar de una tarjeta plástica que contiene una banda magnética con un código único e irrepetible, o bien que la máquina se bloquee después de tres o cuatro intentos fallidos.

5.3 Los contratos electrónicos del sistema financiero.

5.3.1 Contrato normativo.

La prestación de servicios por medios electrónicos parece requerir por ahora, el uso de un contrato marco o contrato normativo sobre todo cuando estos servicios se establecen en una forma consistente, a largo plazo, para ser repetitiva y celebrar, a su amparo, múltiples operaciones.

Sin embargo, no hay que olvidar que muchas de estas operaciones tendrán que celebrarse sin ese contrato normativo previo, a fin de alcanzar a muchas personas que esporádicamente hacen uso de ellas. En este caso la figura jurídica que arropará la operación será el contrato de adhesión.

Ejemplo de lo primero: una empresa que cada semana tiene obligación de pagar la nómina a su personal, que tiene que cubrir pagos a sus proveedores en todo el país y el extranjero, que tiene que recibir y contabilizar pagos de su clientela por todo el país, o del extranjero, fácilmente podrá celebrar contratos con una entidad financiera para regular la concentración y la dispersión de sus fondos. Lo mismo una persona física que maneja una cuenta maestra, una cuenta de inversión y una tarjeta de crédito, podrá celebrar un contrato que regule como hacer transferencias entre dichas cuentas y cómo usar Cajeros Permanentes (o ATM, del inglés Automatic Teller Machine).

Ejemplo de lo segundo: una persona que por única vez tiene que enviar una suma de dinero a otra plaza, acude a una entidad que le prestará el servicio de transferencia, para ello el servicio podrá ser prestado a través de una terminal que le recibirá el efectivo, lo verificará, le pedirá registrar nombre y domicilio del destinatario y hará el traspaso. Esta persona, no necesita celebrar un contrato previo para hacer esta única operación, todo lo más obtendrá un comprobante impreso por la misma máquina de la transacción.

5.3.2 El contrato subyacente.

Es importante hacer constar que ordinariamente en los servicios automatizados regulados por el contrato normativo, se está frente a dos tipos de relaciones jurídicas: Las provenientes del acto jurídico que en sí está celebrando el cliente con la entidad financiera, como el que celebran ambos con motivo del uso de los servicios electrónicos.

Una transferencia de fondos es en el fondo un servicio que el cliente contrata con su Banco, una compra de valores es un servicio que el cliente contrata con su Casa de Bolsa, la adquisición de un seguro es exactamente eso. Sin embargo cuando tales operaciones se realizan a través de un medio automatizado no sólo aparecen las normas jurídicas de la operación contratada (orden de pago, intermediación bursátil, contrato de seguro) sino además las normas de la aplicación del contrato normativo.

5.3.3 Otros contratos.

Al parejo de los contratos celebrados entre el cliente y la entidad financiera que le presta un servicio por medios automatizados es importante determinar que existen, alrededor, o atrás o posteriormente si se quiere, otros haces de relaciones jurídicas que se desatan con la acción de la operación del cliente.

En los casos de uso de tarjetas de crédito (disposición por el cliente de los fondos de una apertura de crédito) o de débito (disposición por el cliente de sus propios fondos depositados en cuenta en la institución de crédito), el cliente está celebrando un acto

jurídico que lo relaciona con el proveedor de bienes o servicios, usualmente compraventa o prestación de servicios.

Por ejemplo: cuando un cliente compra unos zapatos en un almacén celebra con éste el contrato de compraventa. Como lo paga con su tarjeta, el prestador de bienes o servicios se enlaza al banco y acciona la disposición de fondos del cliente para recibir el pago de los zapatos. Entre el proveedor de bienes y el cliente hay un contrato de compraventa; entre el cliente y el Banco, hay un acto de disposición de fondos (ya sea de crédito o de débito) y entre el almacén y el Banco hay un contrato de servicios para usar el sistema de afiliación a una tarjeta y operar el sistema de pagos.

Muchas veces las operaciones electrónicas, especialmente cuando conllevan transferencias de fondos o en general un sistema de pagos, involucran a varias entidades financieras: Una orden de pago que ordena el Sr. X al Banco A debe ser abonada a la cuenta del Sr. Y, en el Banco B; la compra de valores que hace una Casa de Bolsa por orden de su cliente debe ser pagada con fondos del mismo que se encuentran en el Banco C; y así sucesivamente.

Lógicamente, entre el Banco A y el Banco B, o entre la Casa de Bolsa y el Banco C, para seguir los ejemplos, se establecen relaciones jurídicas complejas que se encuentran reguladas tanto por diversas normas administrativas puestas por los reguladores del Sistema Financiero, como por los contratos particulares de administración de un sistema de pagos que contractualmente han establecido entre ellos.

Para la operación de algunos sistemas de pagos es usual que se cree una empresa que sirva de administradora del sistema y que provea la concentración y dispersión de las transferencias y los pagos. En este caso es conveniente añadir un nuevo haz de relaciones jurídicas, la que se da entre cada una de las partes con la empresa prestadora de servicios.

5.3.4 Elementos personales.

Se aborda aquí el tema de las partes que intervienen en un acto jurídico de la operación financiera cuyo consentimiento se forma por medios electrónicos.

Algunas de las operaciones que el Sistema Financiero realiza por medios electrónicos son de naturaleza exclusiva de las entidades que lo componen, sólo pueden y deben ser desempeñadas por ellas (V. g. el manejo de cuentas de cheques; la intermediación bursátil), algunas otras pueden ser practicadas por cualquiera aunque sean comunes en el desempeño de la actividad de esas entidades (Vg.. la apertura de crédito).

Con ello se pretende establecer que una de las partes de la contratación hecha por medios electrónicos en el sistema financiero será una de las entidades que lo componen y por ello sujetas a toda la regulación específica de las mismas y a supervisión por parte del Estado.

La otra parte será un cliente usuario de los servicios financieros.

Aunque hay fundamentalmente dos partes involucradas en una operación electrónica, es menester no olvidar que estas operaciones conllevan, como se explicó arriba, el desencadenamiento de otros haces de relaciones jurídicas entre diversas partes. (Por ejemplo: un banco puede tener contratado un servicio de una empresa prestadora de servicios para la concentración y dispersión de fondos, o bien contratos con bancos corresponsales para efectos de transferencias de fondos. Si bien todos estos prestadores o corresponsales no tienen una relación jurídica con el cliente del banco, sí la tienen con éste por causa de la operación de aquél.)

Una cuestión a dilucidar es si estos contratos son operaciones que se celebran entre presentes o entre ausentes. La cuestión no es meramente académica pues conlleva la definición de cuándo se forma el consentimiento y el contrato está celebrado.

El fenómeno de otorgar el consentimiento para un acto jurídico por medios electrónicos se da principalmente cuando las partes otorgantes del acto están ausentes. El medio electrónico es precisamente el medio de comunicación para la policitud y la aceptación de la oferta.

¿Debe aplicarse la norma que indica que los contratos por teléfono se entienden celebrados entre presentes? En principio no repugna usar la analogía en operaciones de derecho común (civil o mercantil).

La diferencia de la comunicación telefónica con la comunicación electrónica es que ésta no se da en forma física directa entre las dos partes contratantes o los representantes legales de ellas, como sucede con el teléfono. Hay un intermediario: el dispositivo electrónico que necesita ser "leído" por la contraparte. El Código Civil Federal ha equiparado a los contratos por medios tecnológicos con los celebrados entre presentes, cuando los medios permiten la interacción de tal modo que la policitud y la aceptación puedan darse de inmediato (artículo 1805).

Desde ese punto de vista el consentimiento puede formarse aplicando las mismas normas que nuestros actuales códigos tienen para la formación del consentimiento entre ausentes.

Pero el medio electrónico puede ir más lejos que ser simplemente el medio de comunicación. Eso sería un correo más rápido pero al fin de cuentas un correo.

Es muy posible que los contratos y que el contenido obligacional se formulen y se registren en computadoras. Ya en otro lugar del presente se hace referencia a los casos de créditos bancarios sindicados en los que las versiones del contrato propuestas por el banco líder viajaban a todo el mundo vía telex, cada banco lo recibía, lo analizaba y reiniciaba sus correcciones a los demás bancos participantes. El Banco líder recogía todas las propuestas y enviaba un segundo proyecto ("*draft*") y así sucesivamente hasta que todos los involucrados dejaban de hacer correcciones puesto que estaban conformes con la versión recibida.

Hoy es posible que las computadoras de los participantes, conectadas entre sí, vayan produciendo la versión final. Si se desea saber quién propuso qué o quién introdujo tal cambio, podrá hacerse porque la electrónica permite con claridad conservar esos registros, que serán un antecedente importante y una herramienta en caso de llegar a ser necesario un ejercicio de interpretación. Se ha obtenido un consenso, así se manifiesta de la versión final que aparece en la pantalla de todos, hay consentimiento.

Piénsese ahora en un sistema de equipos de cómputo que permitan que quien tenga algo que ofrecer lo vierta a dicho equipo y por ese medio llega a un universo de posibles tomadores de la oferta (es igual que publicar en el periódico un anuncio). De la misma manera un demandante del servicio puede colocar en el sistema la demanda de un producto o servicio. El computador puede casar la oferta del que la hace con la necesidad de quien pide el servicio y que previamente se había inscrito. La conexión entre el oferente y el aceptante la hizo el computador. A uno y a otro les llega la noticia de que su oferta ha sido aceptada, hay consentimiento, hay acto jurídico y las partes no se conocen. Esta es una de las funciones de Internet y otras hiper-redes similares.

Si a lo anterior se añade el que la electrónica va desarrollando esquemas de conducta inteligente, esto es, el computador puede tomar decisiones con base en

información recibida y esas decisiones pueden ser vinculatorias jurídicamente, pueden constituir un contrato, se observará que la simple clasificación de contratos entre presentes o entre ausentes ya no cubre el universo de las posibilidades.

En esas ocasiones la identificación de las partes contratantes y si se encuentran presentes o ausentes no es tan relevante, es más importante el poder, en un momento determinado, dilucidar en que personas deberá hacerse la imputación de los efectos jurídicos. Poco importa quién es la persona jurídica que, accionando los dispositivos, realiza el negocio, lo que importa, donde está el énfasis, es el negocio mismo.

Al prestador del servicio no le importa quién lo adquiere, es totalmente anónimo, lo tiene que identificar para cumplir con obligaciones, por ejemplo de entrega, y sobre todo si hay una reclamación, pero es un acto jurídico descarnado. En la otra parte las cosas están igual, al adquirente del servicio por estos medios de comunicación electrónicos no le importa quién se lo proporciona, puede ser una compañía de servicios contratada por el Banco, ni siquiera éste mismo. Lo que va a importar es a qué entidad jurídica se le imputarán las consecuencias de derecho (creación, modificación, traslación o extinción de derechos y obligaciones).

Esta ignorancia de la persona contra la que se tiene un crédito o un débito no es extraña. Ya sucede en los títulos de crédito. Ya sucede en las declaraciones unilaterales de la voluntad que las partes que van a resultar ligadas no se conocen entre sí.

El que suscribe un pagaré sabe quien es el beneficiario original pero no tiene idea de quién le exigirá el pago el día del vencimiento. La persona que en una rifa obtiene un "Vale por una cena para dos personas en el Restaurante La Marmita" no tiene idea de quién sea la persona física o moral a la que puede exigir el cumplimiento de la obligación, a su vez, el propietario del Restaurante La Marmita no sabe quien es el tenedor del vale que podrá exigirle el cumplimiento de su promesa contenida en ese título civil al portador.

Es sabido que el consentimiento puede provenir de un tercero. Tal es el caso de fenómenos jurídicos como el mandato sin representación, el caso del mandatario extralimitado en sus facultades, la gestión de negocios, el caso del factor y el dependiente. En esos casos, por la llamada en doctrina "Teoría de la apariencia", las partes que concurren a la formación del contrato no son a las que se les imputan las consecuencias de derecho.

No tiene relevancia quién acciona una terminal, un punto de venta, una caja permanente (ATM), si es menor o mayor de edad, si es el titular de la Tarjeta que se usa como acceso o no. Si están dados los elementos del contrato normativo las consecuencias jurídicas se imputarán a los titulares del contrato.

Tratándose de otros contratos, los comunes, debe producirse un principio de identificación a fin de lograr una imputación adecuada. Por el principio de la imputación esto no sucede en contratos por medios tecnológicos. En el ejemplo de alguien que ofrece un producto por medio de mensajes a través de fax, alguien que quién sabe quién sea, yo sólo conozco su número de fax y el domicilio impreso en el fax que me envió, me ha solicitado un contrato. Seguramente el peticionante tampoco sabe quién soy, si actúo por mí o en representación de otro o de una persona moral, sólo conoce mi fax.

Sin embargo es evidente que hizo una peticion, que fue aceptada y ambas partes despliegan conductas que sólo pueden ser interpretadas como un consentimiento.

Aunque los códigos no hablen de faxes, ni de correos electrónicos, la existencia de estos medios en la transacción es una forma de expresar la voluntad. En último de los casos,

pueden ser considerados como los hechos o los actos que no dejan duda respecto de que el consentimiento fue otorgado "tácitamente".

Todo lo más, posiblemente estemos celebrando contratos que, por ley, deban revestir determinada formalidad. La acción para elevarlos a esa formalidad está siempre expedita, aunque la verdad es que las partes lo cumplirán cabalmente aún con el vicio de validez que proviene de la falta de forma.²²

5.3.5 La materia de los contratos.

Si bien prácticamente todos los contratos pueden ser celebrados por medios tecnológicos, hay operaciones en especial cuya realización se facilita especialmente por estos medios. Tal parecen estar vocacionadas a celebrarse precisamente así. La operación en sí consiste en un movimiento electrónico. Tal es el caso de las operaciones financieras, (crediticias y bursátiles) que de hecho ya consisten en un simple registro que se hace electrónicamente. Véanse dos ejemplos: Uno.- Pagar una tarjeta de crédito con cargo a una cuenta de cheques no es sino una operación de transferencia de fondos de un registro a otro. Otro.- El cliente de una casa de bolsa que desean variar su posición de inversiones, vendiendo unos valores y adquiriendo otros.

Cuando todos esos registros se llevan, como sucede hoy, en el Banco, en la Casa de Bolsa, en el Instituto para el Depósito de Valores, en medios electrónicos, la naturaleza de la operación es electrónica. ¿Qué objeto tiene hacerla mixta, esto es, requerir que haya un papel escrito que ordene el cambio de una cuenta a la otra?

Otras operaciones más, porque, aún si ser su naturaleza específicamente un movimiento electrónico, están íntimamente relacionadas con lo electrónico o bien, la electrónica resulta ser el medio más adecuado para poder llevar a cabo la operación. Un ejemplo de este tipo de operaciones son los contratos complejos entre comerciantes de diversas plazas, así como existió en una ocasión la Cuenta Corriente, así entre dos comerciantes pueden celebrarse operaciones complejas y repetitivas. ¿No es mucho más fácil que las computadoras de ambos estén conectadas y se hagan los cargos y abonos recíprocos?

Hay otras operaciones cuya naturaleza no es específicamente electrónica, pero ésta supone un medio ideal para hacer negociaciones y dejar constancia de las mismas en el proceso de formar el consentimiento. Tal es el caso de contratos complejos multilaterales, que requieren de muchos borradores, proposiciones y contraproposiciones de las partes. Tal es el caso de los créditos sindicados o las emisiones y colocaciones internacionales de papel en el que las computadoras y los correos electrónicos pueden hacer el trabajo de reunir todas las observaciones y ofrecer, al instante, un texto de "cómo van" las negociaciones.

Hay otro tipo de contratos para los cuales la electrónica puede ser tan sólo una simple herramienta de ayuda: La renta de una casa habitación difícilmente se realizaría por un medio electrónico. Muchos contratos reales en los que hay una entrega de posesión física de una cosa no serán fácilmente realizables por estos medios. Sin embargo el consentimiento para la celebración de esos contratos puede ser manifestado y comunicado por un medio electrónico sin duda alguna.

Por lo que hace a los contratos reales, y a los títulos de crédito, ya se vive el fenómeno de la desmaterialización de Títulos de Crédito, y de la entrega virtual de

²² Véase el apartado 4.1 del presente capítulo "Imputación de los efectos jurídicos"

posesión. (Vg. la prenda sobre títulos valores de los que circulan en el gran público inversionista).

Las entidades del sistema financiero han venido descubriendo cómo brindar sus servicios por estos medios electrónicos, de tal suerte que es común encontrar productos financieros en los que se combinan servicios y operaciones que se pueden usar y operar electrónicamente, a la vez que por medios tradicionales. En otras ocasiones se “empaquetan” varios productos en un sólo servicio precisamente para aprovechar las ventajas que la automatización brinda.

Este espíritu ha llevado a la creación del concepto de “Banca virtual” refiriéndose a la posibilidad de que el Banco ya no sea un sitio físico como las sucursales tradicionales sino una red de comunicación y de transmisión de datos e información. El primer banco virtual en operar a través de un “sitio” de Internet ofreciendo todos sus servicios bancarios, fue el Security First Network Bank (SFNB).

Las operaciones electrónicas se pueden concentrar en tres grandes figuras: el fenómeno Transferencia Electrónica de Fondos (TEF), la operación de Sistemas de Pagos y la Intermediación Bursátil que supone la adquisición y venta de bienes bursátiles.

A través de esos grandes géneros se pueden encontrar todos los productos. Una enumeración de los principales sería la siguiente:

- Disposiciones de Aperturas de Crédito.
- Disposiciones de contratos de depósito.
- Pagos a empleados (nóminas).
- Pagos a Proveedores.
- Concentración de fondos.
- Adquisiciones de valores e instrumentos de ahorro e inversión.
- Instrucciones al comisionista o mandatario.
- Monederos electrónicos.
- Consulta de saldos.
- Solicitud de autorizaciones
- Compensación.
- Un “etcétera” es obligado.²³

Lo que se inició como una manera de hacer más fácil una transferencia de fondos de un lugar a otro, se convirtió, gracias a la electrónica en todo un sistema de pagos y ha llegado a ser en general, el comercio electrónico.

5.3.6 Los problemas de interpretación.

Las reglas para llevar a cabo la interpretación de los contratos se ven afectadas ante la presencia de este tipo de contratos.

En primer lugar, además del tradicional problema de comprensión del lenguaje utilizado, deberá buscarse una comprensión del lenguaje electrónico, a las huellas dejadas. Quizá sea menester el usar un perito para que participe en la interpretación de contratos consentidos electrónicamente. Se trata de un idioma expresado y registrado en otro lenguaje: el lenguaje electrónico que es distinto al idioma que se emplea corrientemente.

²³Una explicación de muchos de los usos de la electrónica en servicios financieros puede encontrarse en la conferencia dictada por GREGORIO ROBLES NAVAS titulada “*Dinero Electronico - Surgimiento e evolucion en Brasil*”, en el seno del XI Congreso Latinoamericano de Automatización Bancaria cuya memoria fue publicada por Federación Latinoamericana de Bancos. Bogotá Colombia, 1987.

En segundo término, más que en el conflicto de la voluntad interna versus la voluntad declarada, más que en ¿qué quisieron las partes?, deberá hacerse énfasis en ¿cuál es el objetivo buscado? esto sobre todo en contratos tipo estereotipados.

Hay contratos electrónicos tipo, por ejemplo muchas de las operaciones bancarias y las de Transferencia Electrónica de Fondos. En ellos no puede buscarse cuál fue la verdadera intención de las partes (ésta se reduce, por parte del que ofrece a la descripción del servicio y, por parte del que acepta, a un “sí acepto”) sino el propósito de la operación que es ya ampliamente conocida por ser una operación repetida masivamente. Quizá la cuestión debe refrasearse así: ¿qué es lo que la parte A - policitante - espera que B - aceptante - entienda?

El artículo 89 del Código de Comercio dispone que los contratos celebrados por estos medios deben ser interpretados tomando en cuenta “los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa.” Esto significa que la labor del intérprete debe ser más cuidadosa que en un contrato ordinario y entender el entorno de la contratación electrónica.

5.3.7 La prueba.

Una de las cuestiones críticas en materia de operación electrónica es la manera como se va a probar en un procedimiento las mismas.

En primer término habrá que recordar que aquí también es relevante la dicotomía entre la operación subyacente y el medio electrónico de celebración y tomar en cuenta tanto las normas adjetivas que regulan a la una como a la otra.

Si se trata de una operación de transferencia electrónica celebrada entre particulares como una relación civil, la relación sustantiva está regulada por el correspondiente código civil de la entidad en la que se celebra la operación. Por ende, la problemática adjetiva se regirá precisamente por el Código de Procedimientos Civiles de dicha entidad. Si se trata de una operación en la que las partes son comerciantes, cual sería el caso de las operaciones electrónicas celebradas por la banca y otras entidades del sistema financiero, por así disponerlo el artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio, la operación sustantiva o subyacente estará regida por la legislación mercantil y la regulación adjetiva correrá a cargo de lo dispuesto por el Código de Comercio y sólo supletoriamente regirá la legislación local adjetiva correspondiente (artículos 2 y 1054 del dicho Código de Comercio).

Por un rigor científico debemos buscar primero las normas adjetivas que se encuentren en las leyes del sistema financiero mexicano. Después habrá que recurrir a las normas adjetivas de la legislación mercantil, el Código de Comercio contiene un sistema que es completo al respecto pues incluso establece la norma que será supletoria en caso de laguna.

Concretamente en el caso de las operaciones de las entidades del sistema financiero tendremos que llamar a nuestro auxilio las normas que rigen la operación subyacente en el uso electrónico y las propias de esas entidades como el caso del artículo 68 de la ley bancaria que contiene normas específicas adjetivas. Como ley procesal deberemos recurrir al Código de Comercio y sólo supletoriamente (art.1054) al código local de procedimientos.

Existe alguna corriente de opinión en el sentido de que el código procesal aplicable supletoriamente debe ser el código procesal del Distrito Federal pues se trata de materia

federal. Es discutible esta interpretación en vista de lo que dispone el propio Código de Comercio en las disposiciones que han quedado citadas y los criterios que la Suprema Corte de Justicia ha venido sustentando al respecto.

Al respecto es conveniente citar la jurisprudencia definida por la Corte en esta materia:

"LEYES SUPLETORIAS EN MATERIA MERCANTIL.- Si bien los Códigos de Procedimientos Civiles de cada Estado, son supletorios al de Comercio, esto no debe entenderse de modo absoluto, sino sólo cuando falten disposiciones expresas sobre determinado punto, en el Código mercantil, y a condición de que no pugnen con otras que indiquen la intención del legislador, para suprimir reglas de procedimientos o de pruebas."

Quinta época:

Tomo XXV pag. 67.- Arellano Lauro;

Tomo XXV pag. 795.- Inda Daniel;

Tomo XXV pag.2328.- Quintana Vda de Barcárcel Josefa;

Tomo XXVI pag. 567.- González Eduardo;

Tomo XXVI pag. 1811.- Signoret Honnorat y Cía. Sucs."

Por lo anterior cabe concluir que el régimen procesal que aplica a problemas derivados de operaciones financieras celebradas por medios automatizados se contiene en las normas existentes en las propias leyes del sistema financiero, en el Código de Comercio y, supletoriamente, en los códigos procesales de las diversas entidades federativas de nuestro país.

En materia específica de las operaciones hechas por el sistema financiero, la legislación provee una serie de normas que son importantes aunque no del todo completas. Las disposiciones citadas antes (artículo 52 de la ley bancaria y artículo 200 de la ley bursátil) refieren que a los medios de identificación que seleccionen las partes en sus contratos normativos se les dará el mismo valor probatorio que a la firma autógrafa.

Otras normas en esa legislación asignan valor probatorio a registros contables conservados electrónicamente. El artículo 100 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone:

"100.- Las instituciones de crédito podrán microfilmear o grabar en discos ópticos, o en cualquier otro medio que las autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, todos aquellos libros, registros y documentos en general, que obren en su poder, relacionados con los actos de la propia institución, que mediante disposiciones de carácter general señale la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de acuerdo a las bases teóricas que para la microfilmación o a grabación en discos ópticos, su manejo y conservación establezca la misma.

Los negativos originales de cámara obtenidos por el sistema de microfilmación y las imágenes grabadas por el sistema de discos ópticos o cualquier otro medio autorizado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a que se refiere el párrafo anterior, así como las impresiones obtenidas de dichos sistemas o medios, debidamente certificadas por el funcionario autorizado de la institución de crédito, tendrán en juicio el mismo valor probatorio que los libros, registros y documentos microfilmados o grabados en discos ópticos, o conservados a través de cualquier otro medio autorizado."

Disposiciones del mismo tenor, algunas más amplias, algunas más restringidas, aparecen en las Leyes de Instituciones y Mutualidades de Seguros (artículo 18), de Instituciones y Fianzas (artículo 63), Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (artículo 52) y Del Mercado de Valores (artículo 209).

Los sistemas procesales de prueba libre o un sistema mixto y, desde luego, uno de resolución en conciencia, permiten una mayor flexibilidad de modo que el allegar elementos probatorios electrónicos resulta perfectamente posible. Hay legislaciones que ya han hecho aperturas específicas en esas direcciones, tal es el caso de la ley francesa de 12 de julio de 1980.

En México, diversos Códigos de Procedimientos Civiles han admitido entre los medios de prueba los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y en general los que produzcan convicción en el juzgador (por ejemplo, el artículo 289, fracciones VII, X del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles) estableciendo que el oferente de la prueba deberá aportar los aparatos o elementos necesarios para apreciar el valor de los elementos de convicción y asigna la valuación de estas pruebas a la prudente calificación del juez (artículos 374 y 420).

No es de pensarse que usemos supletoriamente el código procesal de la entidad en donde se de el litigio especialmente en el supuesto de que sea de los códigos de sistema abierto en el enunciado y en la valoración de las pruebas, puesto que el sistema probatorio del Código de Comercio es un sistema completo y no permite que, abanderados con una supuesta supletoriedad, se introduzcan disposiciones novedosas que es evidente que el legislador no quiso incluir. Tal es el sentido de la jurisprudencia que quedó citada párrafos arriba, así como de la siguiente Ejecutoria:

"Leyes locales supletorias de apreciación de prueba documental en materia mercantil.- Existiendo en el Código de Comercio, reglas propias para la apreciación de la prueba documental, no hay motivo para aplicar supletoriamente, en este punto, la ley común. Quinta época: Tomo LXXIII, página 1122, Clifford Oercy C."

El Código de Comercio ha sido reformado en mayo de 2000 para incluir precisamente normas respecto al tema en cuestión:

Artículo 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

Artículo 1298-A.- Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada."

Con estas normas no es menester las elaboraciones que se hacían anteriormente en el sentido de aplicar a los mensajes de datos toda la normatividad del documento. Aunque esta posición tiene una total lógica, el contar con norma expresa que abre el capítulo de pruebas a los medios tecnológicos y disponer específicamente como prueba al mensaje de datos resuelve la problemática. Será necesario adminicular con la prueba la comprobación de que el mensaje de datos ha sido generado, archivado, comunicado o conservado de manera fiable, para lo cual asisten las normas relativas a la Firma Electrónica Avanzada y las de conservación de datos, en especial la Norma Oficial sobre el tema.

Un camino alternativo que puede seguirse es el de pactar un procedimiento convencional o bien el realizar pactos arbitrales en los que se precisen los medios de prueba que se usarán, las normas de valuación de las mismas y todos los demás elementos que conlleve un pacto arbitral. El procedimiento convencional está regulado por los artículos 1051 y siguientes del Código de Comercio y el procedimiento arbitral en el título cuarto, artículos 1415 y siguientes.

La posibilidad de sujetar a arbitraje cuestiones mercantiles, sobre todo las que suponen complejidades técnicas u operaciones poco conocidas, ha empezado a tener popularidad especialmente con el ejemplo de las transacciones internacionales en donde el arbitraje es la norma común de arreglo de diferencias, existiendo agencias e instancias profesionales de arbitraje y codificaciones y normatividad ad hoc para el desahogo de tales procesos (Cámara Internacional de Comercio, Naciones Unidas y otras varias Convenciones).

La misma existencia de quien puede ser un "árbitro natural": la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como la existencia de las normas de arbitraje en las propias leyes del sistema financiero mexicano, es una invitación a este medio de solución y hace pensar la posibilidad de que se seguirá desarrollando en el futuro.

Conclusión

La tecnología de la información ha propiciado que una gran cantidad de operaciones de las practicadas por el sistema financiero se realicen a través de estos métodos electrónicos, ópticos u otras tecnologías. La seguridad, sencillez, economía y rapidez son razones que motivan, y lo seguirán haciendo en el futuro, el que esas operaciones se sigan practicando así.

La legislación del sistema financiero ha sido la primera en producir normas para la realización de estas operaciones. Con la regulación en materia mercantil del comercio y la firma electrónicos y con las normatividades expedidas por el Ejecutivo (Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Secretaría de Economía) se tiene un marco jurídico suficiente para la práctica segura de estas operaciones. Esta comunidad de normatividad es otra institución común de todo el Sistema Financiero Mexicano.

La instrumentación de la operación por estos medios ha requerido un cambio cultural y paradigmático importante, especialmente en el terreno del Derecho. Es reveladora la postura constructiva con que el notariado ha enfrentado el fenómeno de la incorporación de las tecnologías de la información a la celebración de actos jurídicos: "...los notarios...no vemos en la contratación electrónica un peligro que pueda convertirnos en instrumentos obsoletos del sistema de seguridad jurídica, sino un nuevo campo en el que podemos seguir prestando como desde hace siglos, importantes dosis de seguridad y confianza."²⁴

²⁴ Declaración de 2 de octubre de 1998 de la Unión Internacional del Notariado Latino.

CAPÍTULO 10

LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PÚBLICO

CONTENIDO:

Introducción.-La Ley y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa al Usuario de los Servicios Financieros.

1. Secreto Bancario y Financiero.

1.1. Presentación.

1.2. Secreto Bancario en México.

1.3. Figura del Secreto Bancario.

1.3.1. Sujeto obligado.

1.3.2. Materia protegida por el secreto.

1.3.3. Sujeto beneficiado.

1.3.4. Sanciones.

1.4. Develación del Secreto Bancario.

1.5. Otras situaciones.

1.6. El Secreto en materia de Sociedades de Información Crediticia.

1.7. El Secreto Fiduciario.

1.8. El Secreto en Materia de Valores.

1.9. El Secreto en Materia de Instituciones de Fianzas.

1.10. El Secreto en Materia de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

1.11. El Secreto en Materia de Seguros.

1.12. El Secreto en Materia del Patronato del Ahorro Nacional y de Fideicomisos Públicos.

1.13. El Secreto en Materia de Sistemas de Ahorro para el Retiro.

1.14. El Secreto en Materia de Fideicomisos Públicos.

1.15. Casos extraordinarios de comunicación de información.

2. Información Privilegiada.

3. Huelga.

4. Intervenciones Administrativas y Gerenciales y Administración Cautelar.

4.1. Naturaleza Jurídica de la Intervención.

4.2. Las Intervenciones en el Sistema Financiero Mexicano.

4.2.1. Primer paso hacia la intervención.

4.2.2. Intervención administrativa.

4.2.3. Intervención gerencial.

a) Establecimiento.

b) Desempeño.

4.2.4. Administración Cautelar.

5. Convenio de Responsabilidades en un Grupo Financiero.

6. Procedimientos de reclamaciones.

6.1.- Atención a consultas y quejas de la clientela.

6.2.- Procedimientos Administrativos para atender reclamaciones.

6.2.1.- Disposiciones previas del procedimiento administrativo.

6.2.2.- Desarrollo del Procedimiento Administrativo.

6.2.3.- La reclamación ante tribunales.

7. Contratos de Adhesión.

7.1.- Validez Jurídica de los Contratos de Adhesión.

7.2.- La validación de los contratos de adhesión.

7.2.1.- Obligatoriedad de la revisión.

7.2.2.- El propósito de la función de revisión.

7.2.3.- Concepto de contrato de adhesión.

7.2.4.- Las consecuencias de la revisión

8.- La Información a los Usuarios de los Servicios Financieros.

9.- El Seguro sobre los Depósitos de las Instituciones de Crédito.

Conclusión.

Introducción.- La Ley y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa al Usuario de los Servicios Financieros.

El público consumidor de productos y servicios siempre se ve en un relativo estado de desigualdad frente al prestador o vendedor de los mismos. Una preocupación consistente de las autoridades, incluso en los países más liberales, ha venido siendo, desde la década de los años setenta, el introducir formalmente procesos de protección masiva de los intereses de ese concepto que se denomina “consumidor”.

En México una Ley de Protección al Consumidor apareció en esas fechas, sin embargo no es aplicable a los servicios financieros, por así disponerlo la propia Ley citada¹. Las leyes propias de las entidades del sistema proveen normas relativas a diversas medidas al respecto, en ocasiones en un capítulo especial, en ocasiones dentro del capítulo de las facultades de las autoridades, pero siempre apuntando consistentemente a la creación de una serie de instituciones jurídicas tendientes a dicha protección.

En el caso de la banca, la Ley de Instituciones de crédito contiene una norma específica relativa al compromiso que debe existir de desempeñar las funciones de intermediación con el público al que se sirve en mente: “**Artículo 77.-** *Las instituciones de crédito prestarán los servicios previstos en el artículo 46 de esta Ley, de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios.*” (énfasis añadido)

Adicionalmente, el legislador mexicano tiene creados una ley² y un organismo de alto nivel para preocuparse precisamente de la defensa y protección de la clientela usuaria de los servicios del sistema financiero; la Comisión Nacional para la Defensa y Protección al Usuario de los Servicios Financieros (conocida como CONDUSEF).

La existencia de esta ley es una prueba más de la veracidad de la hipótesis que sustenta el presente texto: que existe en México un Sistema Financiero que tiene unidad de propósito, unidad científica y que se tiende a concentrar las normas relativas a las entidades que lo forman.

Estas Ley y Comisión agrupan una serie de normas que antes existían en las leyes especiales de los intermediarios y de sus Comisiones Supervisoras, también repiten algunas normas y funciones en donde concurrirán con aquéllas y, por último, añaden nuevas funciones tendientes a la protección de los usuarios.

La Ley en cuestión, de orden público y otorgante de derechos irrenunciables, y que ciertamente obedece a la creciente especialización y auge de la normatividad de protección al consumidor, surgió dentro de la reacción del Legislador Mexicano en contra de una serie de decisiones que las autoridades reguladoras, específicamente el Fondo Bancario de Protección al Ahorro, tomaron para salvar la crisis económica y financiera aparecida en el año de 1995. La crisis incluyó gastos importantes para evitar corridas contra la banca³ y proteger a los clientes de perder sus depósitos a consecuencia de que los deudores de los

¹ Ley de Protección al Consumidor. Artículo 5.- *Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta Ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los de las instituciones y organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas o del Sistema de Ahorro para el Retiro; así como los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil.*

² Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Diario Oficial del 18 de enero de 1999.

³ Se llama “corrida contra la banca” al fenómeno consistente en que los depositantes pierden la confianza en su banco y acuden a retirar todos sus depósitos en él. Cuando este fenómeno es masivo, produce fácilmente la quiebra del sistema bancario y financiero del país.

bancos no pagaban sus créditos. La crisis misma y las medidas adoptadas evidenciaron, a juicio del legislador, un mal sistema de protección al usuario del sistema financiero que debía ser atendido con urgencia.

Así, con urgencia, se elaboró, se discutió y aprobó la ley que fue publicada en el Diario Oficial de 18 de enero de 1999, para iniciar su vigencia el día 18 de abril de 1999, llevando por objeto central defender los intereses de los clientes del sistema financiero.

Si bien la Ley deroga algunas normas existentes en las distintas leyes financieras, deja vivas otras de modo que se producen algunas dualidades y repeticiones que atenta contra un espíritu de economía y simplicidad de la Administración Pública. Produce, asimismo algunas normas e instituciones novedosas que suponen una buena aportación a este mundo de protección a los intereses del público consumidor.

La norma estelar de la legislación es la creación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), organismo público descentralizado que se une a la lista de autoridades del Sistema Financiero Mexicano.

Entre las principales funciones que desempeñará la CONDUSEF se encuentran:

- Atender las quejas y reclamaciones sobre servicios prestados por los intermediarios, excluidas las reclamaciones derivadas de las variaciones de las tasas de interés consecuencia de condiciones macroeconómicas adversas, a través de un Procedimiento Conciliatorio y Arbitral.
- Brindar asesoría y defensoría jurídica legal a los usuarios.
- Fungir como árbitro en las reclamaciones.
- Llevar el Registro de Prestadores de Servicios Financieros.
- Brindar orientación e información a usuarios.
- Emitir recomendaciones a autoridades e instituciones financieras.
- Analizar y autorizar información dirigida a usuarios.
- Revisar contratos de adhesión y modelos.

De esto se desprende que básicamente la función de la CONDUSEF cubre cuatro áreas básicas: a) En materia de **quejas, litigios y reclamaciones**, manejará un procedimiento ad hoc, así como brindar asesoría e incluso defensoría en ellos, pudiendo fungir como árbitro b) en materia de **información** cuidará de informar y orientar (quizá el mejor término hubiera sido “participar en la educación financiera”, haciendo revisiones de cómo el intermediario comunica o publicita sus servicios e incluso cómo documenta los mismos; c) Derivado del conocimiento que le dará su labor podrá ser un factor de orientación dando **recomendaciones** para que en general eleven su calidad los servicios del sistema, y, d) manejar el **Registro** de Intermediarios, lo cual llena un hueco existente hasta entonces pues en ningún lugar era posible conocer cuántos intermediarios existían, cuántos grupos, la conformación de éstos, etcétera.

Reunidas las normas aún existentes en las leyes de cada intermediario y sus Comisiones, con la ley ad hoc, se descubren una serie de instituciones jurídicas destinadas al fin de atender los intereses del público. El análisis de esas instituciones es el contenido del presente capítulo.

1. El Secreto Bancario y Financiero.⁴

1.1. Presentación.

Cuando se trata de proteger los intereses del público usuario del sistema financiero, el primer pensamiento va dirigido a la conservación de la información que los clientes llevan a la institución en forma confidencial, de tal suerte que la figura del Secreto Bancario va asociada a la solidez y seriedad de un sistema financiero a los ojos tanto de nacionales como de extranjeros.

En forma cíclica aparece la controversia respecto de si debe subsistir o debe suprimirse la figura del Secreto Bancario, debido a algunas situaciones peculiares que motivan el cuestionamiento. Es conveniente no dejarse seducir por cantos de sirenas temporales y tratar de ver el tema en una dimensión de fondo y de largo plazo.

En la propia naturaleza del ser humano están las raíces de los sistemas de discreción en materia financiera, el ser humano tiende a conservar reservada la verdad sobre su posición económica. En todo catálogo de materias sobre las cuales el ser humano desea conservar como íntimas, aparecen siempre las cuestiones financieras. La información del importe que una persona tiene ahorrado, invertido o ha tomado prestado de un intermediario financiero, no es de aquellas que las personas, ni aún los muy extrovertidos, van platicando a todos.

La filosofía moral (ética) contempla 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 develación.

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

Hasta ahí una visión que podría llamarse “individual” del asunto, pero si se extiende a la posición de un país se encuentra una nueva dimensión. Cada Estado debe de tomar, y así lo ha corroborado la historia y la geografía, una posición específica sobre el tema. Hay países (el caso de Suiza y del Líbano son ejemplos clásicos) que han hecho de conservar el Secreto Bancario una bandera del país, desean ostentarse ante la comunidad internacional como países en donde el sistema puede ser sólido y confiable.

En el fondo, la polémica es una muy vieja: ¿Qué debe predominar, el interés de los particulares a conservar discreto lo que desean, o el interés de la colectividad para sancionar a delincuentes? Cada Estado debe saber en cuál parte, de entre los dos extremos (total individualismo vs. total colectivismo) debe ponerse la línea. La fórmula de Secreto Bancario que se adopte es reveladora de esa voluntad política de cada país.

1.2. El Secreto Bancario en México.

La figura jurídica específica del Secreto Bancario aparece en México alrededor de la práctica de la banca de depósito, estableciendo una norma en el sentido de prohibir a los bancos el dar información (“noticia” decían las leyes) de las sumas y cuentas que los depositantes confiaban a las instituciones.

La norma se extiende con el tiempo a la totalidad de operaciones que un cliente celebra con la banca. Asimismo, la figura aparece en otras legislaciones del sistema

⁴ El autor es también autor de un tratado sobre el tema: EL SECRETO BANCARIO, publicado por Editorial Porrúa S.A. México 1998. De ahí se han tomado ideas e incluso algunos textos para el presente.

financiero mexicano: en materia de fideicomisos, del mercado de valores, de Fianzas, de Sociedades de Información Crediticia y del Sistema de Ahorro para el Retiro. Tal parece que hay una tendencia a que el Secreto Bancario evolucione hacia un secreto “Financiero”.

La normatividad que rige al Secreto Bancario es más o menos extensa y debe localizarse entre diversas disposiciones distribuidas en varios sitios de la legislación bancaria. El núcleo de la figura está, sin embargo, en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito cuyo texto reza:

Artículo 117.- La información y documentación relativa a las operaciones y servicios a que se refiere el artículo 46 de la presente Ley, tendrá carácter confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios que en este artículo se establece, en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, operaciones o servicios, incluyendo los previstos en la fracción XV del citado artículo 46, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

Como excepción a lo dispuesto por el párrafo anterior, las instituciones de crédito estarán obligadas a dar las noticias o información a que se refiere dicho párrafo, cuando lo solicite la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular o, en su caso, el fideicomitente, fideicomisario, fiduciario, comitente, comisionista, mandante o mandatario sea parte o acusado. Para los efectos del presente párrafo, la autoridad judicial podrá formular su solicitud directamente a la institución de crédito, o a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Las instituciones de crédito también estarán exceptuadas de la prohibición prevista en el primer párrafo de este artículo y, por tanto, obligadas a dar las noticias o información mencionadas, en los casos en que sean solicitadas por las siguientes autoridades:

- I. El Procurador General de la República o el servidor público en quien delegue facultades para requerir información, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;*
- II. Los procuradores generales de justicia de los Estados de la Federación y del Distrito Federal o subprocuradores, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;*
- III. El Procurador General de Justicia Militar, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;*
- IV. Las autoridades hacendarias federales, para fines fiscales;*
- V. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para efectos de lo dispuesto por el artículo 115 de la presente Ley;*
- VI. El Tesorero de la Federación, cuando el acto de vigilancia lo amerite, para solicitar los estados de cuenta y cualquier otra información relativa a las cuentas personales de los servidores públicos, auxiliares y, en su caso, particulares relacionados con la investigación de que se trate;*
- VII. La Auditoría Superior de la Federación, en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública Federal y respecto a cuentas o*

contratos a través de los cuáles se administren o ejerzan recursos públicos federales;

VIII. El titular y los subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus facultades de investigación o auditoría para verificar la evolución del patrimonio de los servidores públicos federales.

La solicitud de información y documentación a que se refiere el párrafo anterior, deberá formularse en todo caso, dentro del procedimiento de verificación a que se refieren los artículos 41 y 42 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y

IX. El Instituto Federal Electoral.

Las autoridades mencionadas en las fracciones anteriores solicitarán las noticias o información a que se refiere este artículo en el ejercicio de sus facultades y de conformidad con las disposiciones legales que les resulten aplicables.

Las solicitudes a que se refiere el tercer párrafo de este artículo deberán formularse con la debida fundamentación y motivación, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Los servidores públicos y las instituciones señalados en las fracciones I, VII y IX, podrán optar por solicitar a la autoridad judicial que expida la orden correspondiente, a efecto de que la institución de crédito entregue la información requerida, siempre que dichos servidores especifiquen la denominación de la institución, el número de cuenta, nombre del cuentahabiente o usuario y demás datos y elementos que permitan su identificación plena, de acuerdo con la operación de que se trate.

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 indebida 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 Valores, 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, así como tampoco la obligación de proporcionar la información que les sea solicitada por el Banco de México, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario y la Comisión para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en los términos de las disposiciones legales aplicables.

Se entenderá que no existe violación al secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, en los casos en que la auditoría Superior de la Federación, con fundamento en la ley que norma su gestión, requiera la información a que se refiere el presente artículo.

Los documentos y los datos que proporcionen las instituciones de crédito como consecuencia de las excepciones al primer párrafo del presente artículo, sólo podrán ser utilizados en las actuaciones que correspondan en términos de ley y, respecto de aquéllos, se deberá observar la más estricta confidencialidad, aún cuando el servidor público de que se trate se separe del servicio. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones, proporcione copia de las mismas o de los documentos con ellas relacionados, o que de cualquier

otra forma revele información en ellos contenida, quedará sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales correspondientes.

Las instituciones de crédito deberán dar contestación a los requerimientos que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores les formule en virtud de las peticiones de las autoridades indicadas en este artículo, dentro de los plazos que la misma determine. La propia Comisión podrá sancionar a las instituciones de crédito que no cumplan con los plazos y condiciones que se establezca, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 108 al 110 de la presente Ley.

La Comisión emitirá disposiciones de carácter general en las que establezca los requisitos que deberán reunir las solicitudes o requerimientos de información que formulen las autoridades a que se refieren las fracciones I a IX de este artículo, a efecto de que las instituciones de crédito requeridas estén en aptitud de identificar, localizar y aportar las noticias o información solicitadas.

Existen, además, otras normas que deben ser tomadas en cuenta para integrar como un todo la figura que se analizarán más adelante al hablar de los casos en que no se considera violado el secreto bancario y en los que se regula la develación del mismo.

1.3 Figura del Secreto Bancario.

1.3.1 Sujeto obligado.

El Secreto Bancario obliga básicamente a dos partes: en primer lugar a la institución de crédito, como tal, está obligada a mantener y preservar la discreción respecto de las operaciones que practica con su clientela; en segundo lugar a las personas físicas que forman parte de la institución y que se ven constreñidas al mismo deber de sigilo.

La obligación aplica también a otras personas que tratan con el banco y, como resultado de su relación con él, se hacen de información relativa a las operaciones del mismo con su clientela. Tal es el caso de buroes de crédito, de funcionarios y empleados de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de Banco de México, así como de personas o entidades que tratan con el banco para un proceso de compra de cartera, de fusión o de adquisición.

Debe entenderse que el deber de sigilo se extiende también a aquellos terceros que por alguna razón entran en contacto con la institución para desarrollar alguna labor o prestar un servicio. Tal es el caso de abogados, contadores, auditores externos, prestadores de servicios especializados (por ejemplo en el área de sistemas) que en el momento de prestar sus servicios a la institución de crédito lo hacen como si formaran parte de la misma y por ello deben cumplir con todas las normas regulatorias que aplican a la misma. En muchos de esos casos, además, se trata de profesionistas que están también obligados, por el desempeño de su profesión a guardar un secreto profesional, el deber, pues, les llega por partida doble.

1.3.2 Materia protegida por el secreto.

Se citaba arriba el antecedente histórico que muestra cómo la materia protegida inicialmente eran los depósitos de la clientela, es decir, las operaciones pasivas. Sin embargo el ámbito de protección estaba incompleto pues para una persona, tan íntima es la información de cuánto tiene depositado en el banco, como de los préstamos que ha

obtenido, el saldo de sus riesgos y las operaciones de servicios (fideicomisos, transferencias, cajas de seguridad, etcétera) que mantiene con el banco.

Por ello la norma reguladora se ha extendido para cubrir “*los depósitos, operaciones o servicios*” es decir, la totalidad de las relaciones de negocios y jurídicas que establece un cliente con el banco.

Con esto se busca proteger el legítimo y fundamental derecho del individuo a mantener oculto lo que desea se mantenga en su esfera de intimidad. Se busca también proteger la seriedad y solidez de un sistema bancario al despertar la confianza de la clientela. Se busca también, según se verá más adelante, al hablar de la develación del secreto, el ofrecer una herramienta de justicia para conservar la discreción y para hacer comunicaciones cuando otros valores, de la comunidad o de terceros, resultan tener una preeminencia.

1.3.3. Sujeto beneficiado.

De la enumeración del bien jurídico que se protege con las normas de Secreto Bancario se debe colegir que el sujeto beneficiado es, en primer lugar, el cliente de la institución. Es en su beneficio y protección que se instituye la figura. Eso traerá una serie de consecuencias importantes, por ejemplo el que el propio sujeto sea el que pueda autorizar que se proporcione *su* información.

Existe también otro sujeto beneficiado a quien la norma tutela, aunque es más etéreo: la colectividad. En efecto al establecer un sistema de Secreto Bancario se crea un aura de confianza en el público usuario actual o potencial, de modo que el propio país se proyecta, tanto frente a sus propios ciudadanos como frente a extranjeros y países del orbe, como un sistema serio y sólido, eso a fin de cuentas beneficia a la propia comunidad nacional pues constituye un sistema bancario que atraerá operaciones (activas, pasivas y de servicio) en abundancia con el consiguiente movimiento económico saludable para el país.

1.3.4. Sanciones.

La violación al deber de sigilo acarrea una gama de sanciones diversas.

Para las instituciones de crédito la sanción es de dos naturalezas: una administrativa, pues su conducta impropia deberá ser sancionada por las autoridades inspectoras del sistema por haber incurrido en incumplir una obligación, esta sanción puede ser pecuniaria⁵ pero su reiteración y gravedad podría llevar incluso a la cancelación de la autorización.⁶ La otra sanción es civil: la reparación del daño causado y el pago de los perjuicios originados.

Para los individuos, empleados o funcionarios de la institución que incurran en una violación de secreto bancario, estarán sujetos a sanciones laborales⁷ y a las derivadas de la comisión del delito de Revelación de Secretos.⁸

⁵ Ley de Instituciones de Crédito. Artículo 109.- *La infracción a cualquiera de las disposiciones de esta Ley, que no tengan 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.*

⁶ Artículo 28.- *La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando en su caso, a la institución de banca múltiple afectada y oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria, podrá declarar la revocación de la autorización en los casos siguientes:...*

VIII. Si la institución transgrede en forma grave o reiterada las disposiciones legales o administrativas que le son aplicables.

⁷ Ley Federal del Trabajo, Artículo 47.- *Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:...*

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

⁸ Código Penal, Artículo 210. *Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que resulta perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.*

1.4. Develación del Secreto Bancario.

Si bien la figura del Secreto Bancario protege el derecho de los individuos a conservar discreta la información sobre sus operaciones financieras y con ello se protege también la confianza del gran público en el sistema, también es cierto que ningún sistema jurídico puede permitir que se abuse de una figura noble como lo es el Secreto Bancario, para burlar el derecho legítimo de un tercero o de la propia sociedad para castigar a un delincuente.

Por ello existe, paralelo a la obligación de conservar el Secreto Bancario, un sistema de develación de la información cuando un interés legítimo está en juego.

La información puede ser develada, lógicamente pues se trata del sujeto protegido, al propio cliente o a sus apoderados. También debe develarse a una autoridad judicial cuando el cliente sea parte de un juicio en el que la información financiera del mismo sea relevante (por ejemplo un juicio de alimentos).

En casos de investigación de delitos y de juicios penales la información debe ser pedida por el Procurador General de la República o el funcionario en quien éste delegue la facultad; los procuradores o subprocuradores de justicia de las entidades de la Federación y el Procurador General de Justicia Militar, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado.

En materia fiscal la facultad recae en la autoridad hacendaria federal (no se incluyen a los fiscos locales) para fines fiscales y para el cuidado de las normas de sana práctica de manejo de recursos (el llamado Lavado o Blanqueado de Dinero)

Quedan facultadas también a pedir revelación las autoridades que supervisan el uso de fondos públicos, así como la honestidad de la conducta de los servidores públicos (El Tesorero de la Federación, la Auditoria Superior de la Federación, el titular y los subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública) lo mismo que al Instituto Federal Electoral, todos ellos en el legítimo desempeño de su función pública.

La petición de revelación debe formularse a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, aunque en algunos casos es posible pedirla a través de un juez.

En la práctica se presentan muchos casos que no tienen una solución muy clara en las disposiciones legales y que fuerzan a hacer una labor cuidadosa de interpretación. Lo aconsejable en esas situaciones es no tomar decisiones si no se consulta al asesor jurídico sobre el particular.

No develar una información cuando se está en el supuesto de hacerlo puede acarrear también sanciones tanto para la institución como para los empleados que la niegan sin causa.

1.5. Otras situaciones.

Alrededor de la figura del Secreto Bancario existen una serie de obligaciones de proporcionar información que no constituyen violación a la obligación de sigilo por estar así previstas en la misma ley bancaria. En actividades como comunicación de libradores de cheques sin fondos, retenciones de impuestos para fines fiscales, la tenencia en fideicomiso o reporto de algunos títulos valores, acciones fundamentalmente, el otorgamiento de los llamados créditos relacionados (artículo 73 de la Ley bancaria), programas tendientes a ventas de cartera o fusiones que supone la necesidad del adquirente de conocer los activos involucrados, se presentan supuestos es los que es menester transmitir información originalmente protegida por Secreto Bancario. Tal es el caso también de proporcionar

información a autoridades financieras del exterior, cuando hay convenios de intercambio de información⁹.

Por estar incluidas dentro de la legislación bancaria, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado, deben entenderse sujetas a la reglamentación del Secreto Bancario.

1.6. El Secreto en materia de Sociedades de Información Crediticia.

El sistema de informes de crédito evolucionó hasta llegar a la creación de las Sociedades de Información Crediticia¹⁰, reguladas inicialmente en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y, a partir del 14 de febrero de 2002 por la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, de tal suerte, una institución originalmente bancaria y confiada al Banco Central, ha evolucionado para extenderse a todo el sistema financiero mexicano.

En la exposición de motivos de la reforma a la Ley que dio origen a este sistema (23 de Julio de 1993) se lee una descripción de la naturaleza del mismo:

" ... se libera al Banco de México de la responsabilidad de administrar dicho sistema de información y se abre la posibilidad de que existan empresas constituidas por particulares cuyo objeto sea la prestación de servicios de información sobre las operaciones activas de los intermediarios financieros. de este modo se promueve la participación del sector privado en una actividad que requiere de importantes inversiones en sistemas y tecnología en general, permitiendo en consecuencia la concentración de recursos públicos en la atención de las demandas prioritarias de la población y las funciones básicas de gobierno. El esquema propuesto fortalece, asimismo, las facultades reguladoras de las autoridades financieras tratándose del procesamiento y uso de la información a que se ha hecho referencia."

Estas sociedades recaban información de entidades del sistema financiero lo mismo que de empresas comerciales que usualmente conceden crédito y son esas mismas personas proporcionadoras de informes quienes harán uso de los servicios de información recabando datos de quienes pretenden ser acreditados por ellos. Esto significa que se trata de una actividad en la que lo mismo se da información que se recaba.

Una primera disposición relevante de esta ley es que llama a esta materia "secreto financiero" cubriendo el manejo de esta figura de sigilo en todo el sistema financiero. Esta circunstancia es otra constatación de la hipótesis del presente trabajo.

Otra disposición relevante es la que determina que el proporcionar información sobre operaciones de crédito y otras de "naturaleza análoga" a las Sociedades de Información Crediticia, no constituye una violación del secreto¹¹.

⁹ 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.

¹⁰ Llamadas comúnmente "Buró de Crédito".

¹¹ Ley para Regular las Sociedades de Información crediticia. **Artículo 5.-**"... No se considerará que existe violación al Secreto Financiero cuando los Usuarios proporcionen información sobre operaciones crediticias u otras de naturaleza análoga a las Sociedades, así como cuando éstas compartan entre sí información contenida en sus bases de datos o proporcionen dicha información a la Comisión. Tampoco se considerará que existe violación al Secreto Financiero cuando las Sociedades proporcionen dicha información a sus Usuarios, en términos del Capítulo III de este Título Segundo, o cuando sea solicitada por autoridad competente, en el marco de sus atribuciones.

El objeto y actividad de estas sociedades será la prestación de servicios consistentes en la recopilación, manejo y entrega o envío de información relativa al historial crediticio de personas físicas y morales, así como a operaciones crediticias y otras de naturaleza análoga que éstas mantengan con Entidades Financieras y Empresas Comerciales.

La información que manejan estas sociedades podrá ser entregada, en los términos operativos de las mismas, a los Usuarios (quienes conceden créditos: Entidades Financieras y Empresas Comerciales) o a las autoridades judiciales o hacendarias en términos similares a los señalados en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, guardando el secreto sobre la identidad de los acreedores. No será tampoco violación al secreto financiero el otorgar información a las autoridades reguladoras o a otras sociedades de información crediticia.

Salvo los casos de revelación requerida por autoridades, los usuarios no podrán pedir información si no cuentan con una autorización expresa y peculiar de la persona sobre la cual versa la información. Solicitarla sin contar con esa autorización supone una violación al secreto financiero.

Sobre toda la operación de estas sociedades y de las entidades financieras se ha puesto como un paraguas la aplicabilidad de las normas de secreto financiero existentes en las leyes de los distintos intermediarios y en la propia Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia.

Artículo 38.- *Con excepción de la información que las Sociedades proporcionen en los términos de esta ley y de las disposiciones generales que se deriven de ella, serán aplicables a las Sociedades, a sus funcionarios y a sus empleados las disposiciones legales relativas al Secreto Financiero, aun cuando los mencionados funcionarios o empleados dejen de prestar sus servicios en dichas Sociedades.*

Los Usuarios de los servicios proporcionados por las Sociedades y cualquier otra persona distinta del Cliente que tenga acceso a sus Reportes de Crédito o Reportes de Crédito Especiales, así como los funcionarios, empleados y prestadores de servicios de dichos Usuarios y personas, deberán guardar confidencialidad sobre la información contenida en los referidos reportes y no utilizarla en forma diferente a la autorizada.

Las sociedades que prestan esta actividad quedan sujetas, por disposición de la ley, a la inspección y vigilancia de las autoridades del sistema quienes supervisarán el cumplimiento de las normas sobre secreto financiero, recuérdese, además que a dichas autoridades no les es oponible el sigilo.

Una obligación muy clara para estas sociedades es el manejo de la información bajo estrictas medidas de seguridad de modo que no pueda darse un uso indebido de la misma.

El sistema contiene, además, una serie de normas relacionadas con la protección a los clientes de las entidades financieras que es una primicia en materia de manejos de bases de datos personales:

- 1.- Puede pedir el cliente a la Sociedad los datos que la entidad financiera entregó.
- 2.- Puede solicitar el cliente un Reporte de Crédito Especial que le permita conocer de manera clara y precisa la condición en que se encuentra su historial crediticio (gratuito una vez cada doce meses).
- 3.- La posibilidad de inconformarse con los datos que aparecen en el Reporte de Crédito y pedir su modificación. Todo un procedimiento está establecido en la Ley para tales efectos.

El capítulo de responsabilidades y sanciones es importante y cuidadoso:

Quedan, usuarios y sociedades, obligados a responder de los daños y perjuicios que causen. Lo poco afortunado de la disposición de la ley (artículo 51) en este sentido es que para fincar la responsabilidad se exige que haya *culpa grave, dolo o mala fe*. Las normas de secreto bancario no exigen tal extremo, lo lógico es que a profesionales del manejo de información se les exija hasta la culpa leve.

El conducirse fuera de las normas de operación de la información constituye a los violadores usuarios o quienes hagan uso indebido de la información, la obligación de reparar los daños causados.

Puede sancionarse a un Usuario (entidad financiera) prohibiendo a las sociedades otorgarles información.

Las sanciones que impondrán según sus competencias, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o el Banco de México (y para empresas comerciales la Procuraduría Federal del Consumidor) pueden consistir en impedimento para el desempeño de un cargo público, en multas o incluso llegar a la revocación de la autorización con la que operan las sociedades de Información Crediticia cuando la misma cometa de manera grave o reiterada violaciones al Secreto Financiero.

1.7. El Secreto Fiduciario.

La materia fiduciaria, una verdadera especialidad, se presta para atender negocios y asuntos de especialmente confidenciales. La confidencialidad no es sino una de las características deseadas por el cliente del fideicomiso, junto con la confianza en una Institución completamente profesional que cuidará prolijamente de cumplir las instrucciones y deseos del cliente y la enorme ductilidad de la figura.

Este entorno de la figura del fideicomiso hizo que el legislador deseara darle, un especial tratamiento de confidencialidad en lo que fue el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito el cual fue derogado por la reforma de 2005. De esta suerte la materia fiduciaria debe seguir las normas generales del secreto financiero que existan en las leyes de los intermediarios financieros que realizan las actividades fiduciarias.

1.8. El Secreto en Materia de Valores.

La materia bursátil tiene entre sus características; por un lado, la de buscar la captación de recursos del público, el "gran público inversionista", particulares, sobrantes de tesorería, especuladores del mercado. Por otro lado, coloca los valores emitidos por diversas entidades que buscan financiamiento por conducto del mercado de valores. Esta actividad es fundamentalmente similar a la operación activa y pasiva, de captación y colocación, que hace la banca, por ello el público usuario busca la misma seguridad, la misma confianza en la discreción de sus operaciones.

El artículo 192 de la Ley del Mercado de Valores, dispone:

Artículo 192.- Las casas de bolsa en ningún caso podrán dar noticias o información de las operaciones que realicen o servicios que proporcionen, sino a los titulares, comitentes, mandantes, fideicomitentes, fideicomisarios, beneficiarios, representantes legales de los anteriores o quienes tengan 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, para fines fiscales.

Los empleados y funcionarios de las casas de bolsa, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las casas de bolsa, estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo previsto en este artículo, no afecta en forma alguna la obligación que tienen las casas de bolsa de proporcionar a la Comisión, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de supervisión, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten, o bien, a efecto de atender solicitudes de autoridades financieras del exterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 358 del presente ordenamiento legal.

Un artículo, el 295, con redacción idéntica, aplica a las instituciones para el depósito de valores.

El esquema del Secreto "Bursátil" es similar al Bancario:

- Bien Jurídico protegido: el mismo que materia bancaria.
- Sujeto obligado: Las casas de bolsa y las instituciones para el depósito de valores, incluyendo a los empleados o personas relacionadas con éstos, y los funcionarios del mercado de valores que tomen conocimiento de las operaciones.
- Sujeto beneficiado: el cliente de una Casa de Bolsa; la sociedad por el impacto de confianza que el secreto representa.
- Materia que cubre: todas las operaciones y servicios.
- Sujetos a los que les es oponible el secreto: a todos aquellos que no tienen un camino para obtener la develación.
- Sanciones por violación: Además de las posibles sanciones civiles penales y laborales que aplicarían en este caso, existen sanciones administrativas específicas por violación a la Ley del Mercado de Valores,¹² contenidas en el artículo 392 de la propia ley que establece la posibilidad de una multa.

La develación funciona en forma similar a lo comentado en el secreto bancario.

Lo que es especialmente interesante en materia del mercado de valores es que se constituye, en primer lugar, un tipo delictivo específico para la violación del secreto bursátil y, en segundo lugar, otra serie de delitos alrededor de la comunicación de información que se tratan adelante en el capítulo que trata de información privilegiada.

El artículo en cuestión¹³ establece una conducta punible básica y una derivada que se distribuyen en el siguiente esquema:

La penalidad asignada es de tres a nueve años de prisión.

Los sujetos activos que pueden cometer el delito serán los miembros del consejo de administración, directivos o empleados de un intermediario del mercado de valores o institución para el depósito de valores.

La conducta punible será: dar "noticias o información sobre las operaciones, servicios o depósitos que realicen o en las que intervengan por cuenta de sus clientes, en contravención de lo establecido en los artículos 192, párrafo primero ó 295, párrafo primero de esta Ley, según corresponda".

¹² **Artículo 392.-** Las infracciones a esta Ley o a las disposiciones de carácter general que de ella deriven, serán sancionadas con multa administrativa que impondrá la Comisión, a razón de días de salario, conforme a lo siguiente:... **III.** Multa de 10,000 a 100,000 días de salario, a: ...

u) Las casas de bolsa e instituciones para el depósito de valores que den noticias o información de las operaciones y servicios que presten, en contravención a lo dispuesto por los artículos 192 ó 295 de esta Ley, según corresponda.

¹³ **Artículo 377.-** Serán sancionados con prisión de tres a nueve años los miembros del consejo de administración, directivos o empleados de un intermediario del mercado de valores o institución para el depósito de valores, que den noticias o información sobre las operaciones, servicios o depósitos que realicen o en las que intervengan por cuenta de sus clientes, en contravención de lo establecido en los artículos 192, párrafo primero ó 295, párrafo primero de esta Ley, según corresponda. Se aplicará la misma penalidad a aquellas personas que usen sin autorización del titular del contrato la información antes referida

El segundo tipo delictivo, derivado de la parte final del artículo contempla como sujeto activo a cualesquier persona que despliegue la segunda conducta punible: usar sin autorización del titular del contrato la información antes referida en el cuerpo del artículo 377 y que se refiere en el primer tipo.

1.9. El Secreto en Materia de Instituciones de Fianzas.

No se encuentra en esta materia una norma específica similar al secreto bancario, o al bursátil. La disposición más cercana al establecimiento de un deber de sigilo que existe en la Ley de Instituciones de Fianzas aparece en el artículo 126:

"Artículo 126.- 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 consideran solicitados y obtenidos con un fin legítimo y para la protección de intereses públicos, sin estar sujetos a investigación judicial".

Esta es una disposición extraordinaria pues lo que establece es simple y sencillamente que no existe develación posible a las autoridades judiciales respecto de la información que se obtenga de los solicitantes de garantías y oferentes de contragarantías.¹⁴ Es de estimarse que la única excepción a esta norma estricta es cuando las propias partes deseen, por así convenirles (y los autoricen expresamente) que se devele la información.

El conflicto, en esta materia, usualmente se presenta al revés, quien normalmente necesitará tomar información es la propia compañía afianzadora a fin de conocer lo sucedido en relación a la conducta o situación afianzada. Para ello la afianzadora debe de tratar, no con el cliente con quien contrató, sino con un tercero con quien no estableció una relación contractual, muchas veces una autoridad. La Ley establece las facultades de las Afianzadoras para recabar esa información del beneficiario (artículo 93), al fiado, solicitante, obligados solidarios y contrafiadores (artículo 118 bis) y hasta de las autoridades (artículos 127 y 128).

1.10. El Secreto en Materia de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Originalmente, las Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (que hoy son: Uniones de Crédito, Empresas de Arrendamiento Financiero, Empresas de Factoraje, Almacenes Generales de Depósito, Sociedades de Ahorro y Préstamo y Casas de Cambio) estaban reguladas en la misma ley (La General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito de 1941) Al separar la ley mexicana la legislación de las Instituciones de Crédito y la de las Organizaciones Auxiliares, inexplicablemente omitió incluir un artículo relativo al secreto en esas operaciones.

Ante tal situación y ante lo absurdo de que las entidades auxiliares del crédito queden fuera de un régimen de sigilo, pues su actividad está en el mismo supuesto que bancos y casas de bolsa, cabe aplicar las normas genéricas de discreción existentes en la legislación mexicana (civiles, mercantiles, penales y laborales) a fin de encontrar fundamento legal a la obligación de conservar la discreción sobre las operaciones que practican y las informaciones que reciben de su clientela.

¹⁴ MIGUEL ACOSTA ROMERO opina al respecto "Es de comentar que ésta es exclusivamente una excepción a la investigación judicial, y dados los términos del artículo, presumiblemente también se hace extensivo a la averiguación de delitos; pero no abarca los otros aspectos ya comentados" Nuevo Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

El hecho de que algunas de esos intermediarios financieros sean “Usuarios” para los efectos de la Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia, de alguna manera las introduce al mundo del secreto financiero.

Será deseable que el legislador incluya en su ley una norma ad hoc o que la figura devenga un "Secreto Financiero", como sería el propósito que sugiere el presente, que aplique a todas las instituciones del sector financiero.

1.11. El Secreto en Materia de Seguros.

Como no existe en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros ni en la Ley del Contrato de Seguro una norma específica sobre un secreto financiero, debe tratarse esta materia de la misma manera que se comentó en el caso de las Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

1.12. El Secreto en Materia del Ahorro Popular.

El sistema de Ahorro Popular recogió entre sus normas las relativas al antiguo Patronato del Ahorro Nacional cuya ley propia contenía una norma básicamente similar a la del secreto bancario (artículo 36). Este mismo espíritu, junto con la congruencia con todo el sistema financiero, lleva al legislador de la ley de Crédito y Ahorro Popular a insertar una norma específica, el artículo 34 que dispone:

“Artículo 34.- Las Entidades en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al Cliente, depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de los recursos ahorrados o para intervenir en la operación o servicio, salvo en los casos en que proporcionen información a las Federaciones en términos de esta Ley, así como en los casos previstos en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.”

Como se observa de la lectura existe una remisión específica al sistema de secreto bancario y adiciona tan sólo por lógica congruencia con el sistema de operación del ahorro popular, la posibilidad de transferir información a las Federaciones a las que se agrupan las entidades de ahorro y préstamo.

1.13. El Secreto en Materia de Sistemas de Ahorro para el Retiro.

El sistema de ahorro para el retiro comprende a las entidades peculiares de dicho sistema: Administradoras de Fondos de Ahorro para el Retiro, Sociedades de Inversión de Fondos de Ahorro para el Retiro y Operadoras de Bases de Datos, así como otras instituciones participantes: Instituciones de Crédito e Instituciones de Seguros. La Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro contiene algunas normas específicas de manejo de información que en alguna forma se relacionan con lo que pudiera ser el secreto financiero.

De forma directa no existe una norma específica que disponga que los participantes en el sistema tienen prohibido dar información respecto de los nombres, cuentas, montos, etcétera correspondientes a cada uno, es decir, no existe una norma ad hoc de sigilo en esta materia.

Sí existe, en cambio una dosis de normatividad respecto del manejo de información privilegiada pues además de hacer remisión a las normas de la Ley del Mercado de Valores, contiene algunas normas específicas imponiendo la obligación de manejo reservado de información privilegiada (Artículo 67), así como sanciones por la violación a esta

obligación básica que incluyen: destitución (Artículo 16 Fracción XV), revocación de la concesión a la operadora de la base de datos (Artículo 61, fracción VI), multas (Artículo 100, Fracción XIX) y, finalmente (Artículos 100, Fracción XIX, 106 y 107) tipifican algunas conductas delictivas.

De nueva cuenta será necesario invocar, ante el silencio de la ley específica, las normas generales de manejo de información reservada - obligación laboral de sigilo, delito de revelación de secretos - y las normas de la legislación laboral y de seguridad social respecto de los usuarios y beneficiarios de las cuentas integradas para los casos de retiro y de defunción.

Por la manera peculiar de operar de este segmento del sector financiero, las Administradoras de Fondos de Ahorro para el Retiro tienen muchas relaciones con otras entidades con las que se encuentren ligadas por razones de pertenencia al mismo grupo financiero u otros vínculos patrimoniales. En este sentido la ley exige tanto el que la información conocida por los participantes del sistema no se use para un fin distinto a los previstos por la ley (artículo 65), como el que no se den conflictos de interés (artículo 64). Uno de esos conflictos y usos extraños a los fines de la ley del sistema puede ser precisamente derivado de normas de secreto bancario. ¿Podrá una de las entidades financieras de un grupo abordar a los clientes de la Afore para ofrecer otro tipo de servicios o viceversa? Al respecto habrá que cuidar el aplicar con todo rigor y cuidado las normas de sigilo. Una entidad financiera no tiene autorización para comunicar a otras empresas, así sean de su mismo grupo financiero, a menos que el cliente dé su consentimiento, los nombres de sus clientes y el detalle de las operaciones que hace con estos.

Desde luego y al igual que sucede en todo el Sistema, las autoridades reguladoras, específicamente la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, tienen total acceso a la información (artículo 91).¹⁵

1.14. El Secreto en Materia de Fideicomisos Públicos.

Como la Ley de Instituciones de Crédito indica que forman parte del Sistema Bancario,¹⁶ los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquéllos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan, deben considerar aplicables para sí las normas de Secreto Bancario reguladas en la ley bancaria.

1.15. Casos extraordinarios de comunicación de información.

¹⁵ “Artículo 91.- Los participantes en los sistemas de ahorro para el retiro, estarán obligados a proporcionar a la Comisión la información y documentación que ésta les solicite en ejercicio de sus facultades de supervisión, en relación con las cuentas y operaciones relativas a los sistemas de ahorro para el retiro, así como sobre su organización, sistemas, procesos, contabilidad, inversiones, presupuestos y patrimonio.

La información y documentación que requiera la Comisión a las personas mencionadas en el párrafo que antecede deberá cumplir con la calidad, oportunidad, características, forma, periodicidad, requisitos y presentación que sean señalados por la propia Comisión en el requerimiento correspondiente.

La información y documentos que obtenga la Comisión en el ejercicio de sus facultades, son estrictamente confidenciales, con excepción de los que por su naturaleza puedan ser dados a conocer al público en general. Los servidores públicos de la Comisión serán responsables en caso de su divulgación.”

¹⁶ **Artículo 3.-** El Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el **Patronato del Ahorro Nacional** y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquéllos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan.

Las autoridades supervisoras y reguladoras, en el ejercicio de sus funciones de supervisión, y regulación pueden tener acceso a la información guardada en la entidad financiera.¹⁷

Con motivo de las regulaciones respecto de las actividades ilícitas (comúnmente llamadas “lavado de dinero”) se han incorporado normas que obligan a diversos intermediarios financieros a comunicar determinadas operaciones a las autoridades correspondientes.

En materia estadística existen una serie de normas que solicitan la concentración de información para producir datos censales generales. Esas normas no son violentadoras de un sistema de sigilo por cuanto que no refiere a operaciones específicas de la clientela y el anonimato se mantiene.

Todos estos casos son verdaderas excepciones al sistema combinado de Secreto / Develación de la ley, pero que se complementan formando un todo armónico que podría resumirse así de cara a la población del país y de cara a los países y a la comunidad financiera mundial: En México existe un sistema de secreto financiero que mantiene la privacidad de las operaciones y que no permite que sea usado por delincuentes para esconder en él sus fechorías.

Es posible considerar que las normas del Secreto Bancario puedan emigrar para convertirse en Secreto Financiero y que permeen a todos los intermediarios del sector. Así las cosas podría verse la aparición de la figura en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, o en un Código del Sistema Financiero Mexicano que hubiera, de tal modo que sustituya, o haga innecesarias las regulaciones específicas en las leyes específicas de las entidades.

2. Información Privilegiada.

Las diversas personas que participan en el mercado de valores ya sea directamente o por tener conexión con las entidades privadas o públicas que lo hacen, llegan a tener conocimiento de una serie de circunstancias que inciden en el valor de los productos que se negocian en ese mercado. Dicho conocimiento puede ponerlos en la posibilidad de realizar operaciones sabiendo de antemano que podrán obtener una utilidad, o evitar una pérdida, con dicha conducta. Esa información, desde luego no es del conocimiento del público en general por lo que ello le da una posición de ventaja no ética a la persona que tiene la información y la aprovecha.

Permitir que ello suceda sería dañar la credibilidad y seriedad del sistema afectando la operación sana del mercado. De ahí que la legislación del Mercado de Valores, fundamentalmente y las los Sistemas de Ahorro para el Retiro regulen el tema, creando una nueva verdadera institución del Sistema Financiero: el manejo de la Información privilegiada.

Debe entenderse por “Información Privilegiada” el conocimiento de eventos relevantes que no hayan sido revelados al público por la emisora a través de la bolsa en la que coticen sus valores, sin que sea necesario que la persona conozca todas las características del evento relevante, siempre que la parte a la que tenga acceso pueda incidir en la cotización o precio de los valores de una emisora (art. 362 LMV).

El poseer información privilegiada impone como obligación a quien la posee, antes que nada, de guardar la confidencialidad sobre la misma y, enseguida, abstenerse de efectuar o instruir la celebración de operaciones sobre valores cuyo precio se pueda ver

¹⁷ Como ejemplo véanse los artículos: 32 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, 97 de la Ley de Instituciones de Crédito.

alterado por el contenido de la información en cuestión, asimismo, deberá, quien la posee abstenerse de transmitir dicha información y de emitir recomendaciones de operación sobre dichos valores. (art.364 LMV).

Si bien la obligación impuesta por la ley es genérica, aplica a cualquier persona que por cualquier motivo tenga acceso a información privilegiada, la legislación hace una serie de presunciones, *juris tantum* (en el régimen de la anterior legislación del mercado de valores, estas presunciones lo eran *juris et de jure*), respecto de algunas gentes que seguramente deben tener una información privilegiada. Esas personas son básicamente las siguientes que se describen de manera prolija en el artículo 362 de la Ley del Mercado de Valores: Directivos, dueños y directivos de sociedades propietarias de acciones importantes de la emisora; directivos de quien preste servicios a la emisora; accionistas importantes de la controladora o de entidades del grupo financiero de la emisora; personas con influencia significativa o poder de mando en la emisora o el grupo empresarial al que pertenezca ésta. La presunción se extiende a cónyuge, concubina, parientes, socios y copropietarios de todos los anteriores cuando hagan operaciones apartándose de sus patrones históricos de conducta de inversión.

A todas esas personas, además se les impone la obligación (con algunas excepciones propias de la operación ordinaria) de dejar transcurrir un plazo de tres meses después de haber realizado una compra o venta de títulos de la emisora con la que se encuentran relacionados.

Se regulan también los casos de planes de pensiones y de estímulos al personal de emisoras y de grupos financieros para que los directivos y empleados de las mismas puedan acceder a los títulos pero sin las ventajas que da la información privilegiada, para ello se establecen que las operaciones se realicen a través de fideicomisos, que haya aprobaciones por parte de la asamblea, que se debele al público la operación y otra serie de normas similares.

La Ley asigna una acción para reclamar una indemnización a quien hubiere celebrado la operación teniendo como contraparte una persona con información privilegiada, la acción prescribe en cinco años y las autoridades estarán obligadas a proporcionar información al juez que conozca del caso.

Las **sanciones** que existen por violar esa obligación incluyen una multa que se compone de uno a dos tantos del beneficio obtenido más una sanción equivalente a un alto rendimiento de la inversión por seis meses, sin perjuicio de que la parte afectada pueda demandar ante tribunales competentes la indemnización que corresponde. El capítulo penal de la Ley del Mercado de Valores incluye **tipos penales** para quienes transmitan información privilegiada, efectúen recomendaciones con base en la misma, o efectúen o instruyan operaciones. Lo interesante es que la operación hecha en violación del manejo de información privilegiada se mantiene viva, no puede ser nulificada, los derechos de terceros de buena fe y la agilidad que requiere la operación del mercado de valores así lo exigen.

Un renglón en donde el sistema financiero debe ser cuidadoso con el manejo de información que pueda afectar a los mercados es el caso del sistema de ahorro para el retiro que contiene tanto normas propias respecto al manejo de información privilegiada como una referencia y remisión genérica a las normas que existen en el mercado de valores.¹⁸ En fin, es

¹⁸ Artículo 67.- Los funcionarios de primer nivel de las administradoras, sociedades de inversión y empresas operadoras, sus contralores, sus gerentes, consejeros, los servidores públicos de la Comisión, los integrantes de la Junta de Gobierno y del Comité Consultivo y de Vigilancia y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información de las inversiones de los recursos de las cuentas individuales previstas por las leyes de seguridad social, que aún no haya sido divulgada

evidente que se pretende proteger al público usuario del mercado de valores y a los derechohabientes del sistema de ahorro para el retiro para que nadie se aproveche de una situación preferente para lucrar, usualmente en perjuicio de dicho público.

Las disposiciones específicas de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro establecen:

- a) Una obligación general, pues aún cuando se haga una enumeración de puestos, se extiende después a cualquier persona con acceso a información.
- b) La materia protegida es la información de inversión de los recursos del sistema.
- c) Es condición que la información no sea pública aún.
- d) Además debe tratarse de información capaz de modificar los precios de los instrumentos de inversión.
- e) La obligación es guardar reserva.
- f) Adicionalmente se obliga a no obtener “ventajas” para sí o para otros. Por ventajas debe entenderse la posibilidad de obtención de lucro (obtener ganancia o evitar pérdidas).

Para las altas jerarquías de las entidades del sistema (Afores y Siefores), para el personal de la Comisión y para los encargados de decidir sobre compra o venta de valores se establece una especial obligación de discreción sujetándolos a la norma de manejo de información privilegiada de la Ley del Mercado de Valores.

La Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro establece sus propias penas (Artículo 106, Fracción II) que deben entenderse en adición a las sanciones que la Ley del Mercado de Valores prevé, Esta tipificación puede traer una acumulación de penas por una misma conducta. Es entendible que una misma conducta detone la aplicación de varias sanciones. “ *Las sanciones privativas de la libertad -y las multas económicas por la comisión de delitos típicos de esta materia- , no excluye por disposición de la ley la imposición de otras sanciones que conforme otras legislaciones fueran aplicables... ya que se trataría de delitos distintos que concursan o concurren en un mismo acto*”¹⁹ Pero cuando es la misma conducta, con el mismo bien jurídico protegido ¿Será aplicable la acumulación de penas simplemente porque se escribieron en cuerpos legales diversos?

3. Huelga.

Las únicas leyes del sistema financiero que contiene una previsión sobre el tema son la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley del Mercado de Valores. Para todas las demás entidades del sector debe pensarse que las normas generales de huelga, ya sea de trabajadores particulares (Ley Federal del Trabajo) como de los trabajadores al servicio del Estado (caso de las entidades financieras que deben ser consideradas como parte del sector público) se aplican cabalmente a dichas entidades.

oficialmente al mercado y que por su naturaleza sea capaz de influir en las cotizaciones de los valores de dichas inversiones, deberán guardar estricta reserva respecto de esa información.

Asimismo, se prohíbe que las personas mencionadas en el párrafo anterior puedan valerse directa o indirectamente de la información reservada, para obtener para sí o para otros, ventajas mediante la compra o venta de valores.

Adicionalmente, las personas que participen en las decisiones sobre adquisición o enajenación de valores no podrán comunicar estas decisiones a personas distintas de aquéllas que deban participar en la operación por cuenta o en representación de la administradora o sociedad de inversión, y estarán sujetas a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores en materia de información privilegiada, así como a las sanciones respectivas.

¹⁹ RUIZ MORENO, ÁNGEL GUILLERMO. Las Afore. Editorial Porrúa. México 1997. Página 51

La Ley de Instituciones de Crédito y la Ley del Mercado de Valores, en sus artículos 121 y 412 respectivamente, disponen algunas medidas de seguridad tendientes a que la institución financiera en huelga opere por lo menos lo necesario para que el público no pierda la posibilidad de disponer de sus depósitos:

LIC. Artículo 121.- Con el fin de que no se afecten los intereses del público en cuanto a la disponibilidad de efectivo y valores exigibles a las instituciones, en los casos de emplazamientos a huelga, antes de la suspensión de las labores, y en términos de la Ley Federal del Trabajo, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje en ejercicio de sus facultades, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria, cuidará que para el fin mencionado, durante la huelga permanezca abierto el número indispensable de oficinas y continúen laborando los trabajadores, que atendiendo a sus funciones, sean estrictamente necesarios.

LMV. Artículo 412.- En los casos de emplazamiento a huelga y con el fin de que no se afecten los intereses del público, en cuanto a la disponibilidad de efectivo y valores respecto de intermediarios del mercado de valores, bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores y contrapartes centrales de valores, antes de la suspensión de las labores y en términos de la Ley Federal del Trabajo, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje proveerá lo necesario para que durante la huelga permanezca abierto el número indispensable de oficinas y continúen laborando los trabajadores que sean estrictamente necesarios, en cuanto a número y funciones. La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje oírán previamente a la Comisión.

Esta norma pide a la Junta correspondiente oír a la Comisión para que cuide que quede abierto al público lo estrictamente necesario para la operación. La norma es sumamente ambigua: ¿Podrán recibirse depósitos?, ¿Podrán hacerse pagos de adeudos?, en el caso del mercado de valores, ¿la disponibilidad de efectivo y valores es solamente para intermediarios, bolsas, indeval y contrapartes centrales?, ¿qué hay con el público?, ¿cuáles son los criterios para calificar “estrictamente necesarios”?; ¿qué sucede si la Junta “oye” a la Comisión, pero no le hace caso en sus opiniones?; ¿están realmente protegidos los intereses del público?

La actividad de servicios financieros debería ser considerada como un servicio público importante a la comunidad para evitar una paralización de actividades que son fundamentales en la economía, no de la institución afectada, no de sus propietarios, sino de la sociedad en general. Si se piensa en cualquiera de los servicios que los intermediarios financieros proveen al público se podrá caer en la cuenta de lo dañino que puede ser a los intereses del público usuario, de la sociedad y de la economía nacional, el estallido de una huelga y de un paro de labores.

Los conflictos laborales en las entidades del sistema financiero mexicano deberían ser atendidos obligatoriamente por las autoridades jurisdiccionales laborales.

4. Intervenciones Administrativas y Gerenciales y Administración Cautelar.

En un sistema financiero como el diseñado en México, las autoridades tienen una intervención importante para cuidar la salud del sistema. Ese es el tema de la presente sección: esos mecanismos de protección.

Ciertamente una intervención se da cuando hay situaciones anómalas y de peligro que pueden querer decir que ha habido o una mala administración o que la situación de

crisis ha rebasado la capacidad de una institución. Pero hay que ver también el otro lado de la moneda: Las intervenciones son un mecanismo de protección del sistema financiero y de los recursos de los ahorradores.

Lo que se busca con una intervención administrativa, gerencial o cautelar, no es castigar a un culpable, sino proteger los intereses de los ahorradores y, sobre todo, en último término, proteger la salud del equilibrio financiero en general.

Dejar, sin hacer un esfuerzo, que las instituciones financieras quiebren o permitir la celebración indiscriminada de operaciones irregulares, sería dar totalmente al traste con todo el sistema económico. Sería una ruina total. Gracias a estos programas se puede mantener confianza en el sistema.

Todo el proceso de intervenciones arranca del hecho de que en el ejercicio de las funciones de supervisión de las autoridades (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Banco de México y las Comisiones Nacionales) pueden detectarse anomalías que detonarán una actuación más fuerte de las autoridades. Es importante en este tenor el concepto de “Alertas Tempranas” desarrollado para ir definiendo los momentos en los cuales una institución se aproxima a una zona de riesgo y es necesario ir tomando algunas medidas preventivas. En el caso de la banca, a partir del “índice de capitalización” se determina que cuando éste es superior al 10% la institución funciona bien, cuando el índice está entre el 10 y el 8%, se pide a la institución informar a su Consejo la categoría y causas del deterioro y abstenerse de hacer operaciones que disminuyan dicho índice; si baja entre el 7 y el 8%, se pide presentar un plan de restauración de capital, suspender el pago de dividendos o cualquier mecanismo que implique transferencia, suspender recompra de acciones, diferir el pago de intereses, principal o convertir anticipadamente las obligaciones subordinadas, suspender el pago de compensaciones y bonos a funcionarios y no incrementar operaciones con personas relacionadas; de descender a niveles entre el 4 y el 7%, se ordenará solicitar la autorización de la Comisión para llevar a cabo nuevas inversiones en activos no financieros, abrir sucursales u otras actividades.²⁰

El procedimiento de las intervenciones es más o menos similar en todas las entidades financieras, varía en pequeñas cosas si se trata de un banco, de una casa de bolsa, de una organización auxiliar, de una administradora de fondos para el retiro, de una compañía de seguros o una de fianzas.

En esta sección del capítulo, siguiendo el espíritu de búsqueda de las instituciones jurídicas comunes del sistema financiero mexicano, se hará énfasis en el esquema genérico y se dejarán anotadas las disposiciones donde las diferencias de detalles específicos de cada intermediario puedan ser encontradas en su ley peculiar.

4.1. Naturaleza Jurídica de la Intervención.

La figura jurídica de la Intervención es un procedimiento extraordinario. Su naturaleza jurídica es diversa por cuanto el concepto es también equívoco, refiere a varias realidades.

²⁰ El 16 de junio de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un Decreto que reformó la Ley de Instituciones de Crédito, por medio del cual se facultó a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para clasificar, mediante Reglas de Carácter General, a los bancos en diferentes categorías dependiendo de sus normas de capitalización. La clasificación debe efectuarse con base en el índice de capitalización previsto en las disposiciones emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en materia de capitalización. La reforma estableció las medidas correctivas mínimas que la Comisión deberá aplicar a las instituciones dependiendo de la categoría en que hubiesen sido clasificadas, así como las medidas especiales adicionales que la Comisión podrá ordenar, tanto de entre las previstas por la LIC como en la Reglas antes referidas. (*Conferencia impartida por la Lic. Ma Teresa Fernández Labardini, Vicepresidenta de Normatividad de la Comisión nacional bancaria y de Valores en la Academia Mexicana de Derecho Financiero en el verano de 2006*)

Por “intervención” puede entenderse, en Derecho Internacional Público, la posición de un estado soberano que participa de motu proprio en los asuntos de otro. Puede referirse a la participación, con autoridad, con derecho propio en algún negocio o acto jurídico, en este sentido, el derecho procesal conoce el término “intervención” en los procesos relacionados con tercerías y denuncias de juicios.

Hay procesos de administración en donde aparece la figura del interventor, o como un administrador provisional o como un vigilante de la actuación del responsable, es el caso de los procesos sucesorios.

Precisamente de la materia procesal viene la figura más cercana a la intervención administrativa y gerencial: la intervención con cargo a la caja.

“En estos casos, no se trata de un simple depósito o secuestro del bien embargado, sino de su afectación a través de un administrador que deberá encargarse de celebrar los contratos de arrendamiento y de recaudar legalmente el pago de las mensualidades, así como de hacer los gastos ordinarios (impuestos, conservación, aseo) de la finca urbana afectada (a. 555)... Las atribuciones y obligaciones de estos administrativos o interventores rebasan, con mucho, las facultades de "simple custodio" que el a. 548 del CPC asigna a los depositarios.”²¹

El autor Eduardo Pallares lo ve con ojos distintos y su visión se acerca a la realidad de las intervenciones en el sistema financiero mexicano: *“Pienso que las facultades de simple vigilancia que se otorgan a los interventores, no son bastantes para impedir los abusos y violaciones al derecho del ejecutante que en la práctica acostumbran a hacer los ejecutados. Lo mejor sería otorgar a los interventores el derecho de administración de la negociación o finca embargada, aunque sujeta a la vigilancia del propietario embargado. Cambiando los papeles de las dos personas, se obtendrá mayor eficacia de la intervención.”²²*

La diferencia del caso de la intervención procesal civil o mercantil con la intervención administrativa y la gerencial del Derecho Administrativo es que es originada no por un acreedor peculiar sino por el universo de los acreedores representados oficiosamente por el Estado en virtud de que, además de proteger los intereses de los depositantes y de aquellos que llevan sus recursos al sistema financiero, la autoridad tiene la obligación de cuidar el funcionamiento de la economía y de las instituciones que la soportan, en este caso el sistema financiero.

Los extremos de los artículos 14 y 16 constitucionales quedan cubiertos por la estructura de las intervenciones, pues hay un fundamento legal y se dan los derechos de audiencia y de debido proceso a las personas afectadas, aunque dicho derecho no puede interrumpir ni impedir que se detone la intervención pues ésta resultaría nugatoria.

No se olvide que las entidades del sistema financiero existen y actúan en virtud de una autorización que han recibido del Estado para practicar una actividad regulada por él y si ésta actividad no funciona en los términos deseados por el Estado, se justifica la revocación de la autorización y, como una medida intermedia, menos drástica, la intervención a fin de proteger al sistema y a los terceros que contratan con el intermediario.

4.2. Las Intervenciones en el Sistema Financiero Mexicano.

²¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa S.A., Universidad Nacional Autónoma de México. México 1995., Tomo “D-H” página 1249

²² PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1963, página 406.

Las normas legales que regulan esta materia pueden encontrarse en las siguientes disposiciones legales:

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.	Artículos 30-A, 30-B y 30-C
Ley de Instituciones de Crédito	Artículos 137 a 149
Ley del Mercado de Valores	Artículos 135 a 152
Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito	Artículos 58 a 62.
Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.	Artículos 112 a 118
Ley de Instituciones de Fianzas	Artículos 72 a 77 y 104
Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro	Artículos 96 a 98
Ley del Ahorro Popular	Artículos 76 a 80

4.2.1. Primer paso hacia la intervención.

Los procesos de intervención se detonan cuando las autoridades supervisoras encuentren (en algunos intermediarios la ley precisa que sea en el uso de las facultades de supervisión, pero eso es innecesario pues si las autoridades lo detectan es porque están en el ejercicio de sus funciones), irregularidades graves u operaciones no apegadas a lo previsto en la ley. En el caso del mercado de valores se dispone que se dicten medidas preventivas mediante disposiciones de carácter general de las cuales se puedan desprender algunas medidas correctivas (LMV artículos 135 y 136).

La consecuencia es que dicha autoridad (en algunos intermediarios se dice el Presidente, en otros la Comisión y en otros el Presidente de acuerdo con la Junta de Gobierno) dicte las medidas necesarias de regularización y fije un plazo que se corrija la situación (en algunos intermediarios se le pone límite de 30 días al plazo).

En algunos intermediarios se pide que se de un aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De no lograrse una corrección, se darán las intervenciones de tipo administrativo.

4.2.2. Intervención administrativa.

La designación de un interventor procede si, transcurrido el plazo fijado, no se han corregido las fallas detectadas, por encontrar graves violaciones al régimen normativo que lo rige o, en el caso de Controladoras de Grupos, si alguna de las entidades que los constituye ha sido intervenida.

Las leyes de las entidades financieras contemplan algunas medidas paralelas tales como la imposición de sanciones, pedir a otras autoridades financieras intervención o la suspensión o liquidación de operaciones irregulares.

La intervención no es una sanción, es un procedimiento de protección de los intereses del público. Si las fallas encontradas originan una sanción esa deberá aplicarse adicionalmente al proceso de la intervención.

El propósito de la intervención es promover la corrección de las irregularidades observadas, normalizar la operación y, en algunos casos realizar los cobros correspondientes, responsabilidades que correrán a cargo del interventor-administrador designado.

El interventor se entiende, para su instalación, con el funcionario de mayor jerarquía.

En los casos del mercado de valores y de las entidades del ahorro popular no se prevé la intervención administrativa pero se dispone la posibilidad de suspender parcialmente la operación de la bolsa de valores o de los órganos primarios de administración de las entidades de ahorro reemplazándolos por las personas que designe un Comité Técnico.

4.2.3. Intervención gerencial.

a) Establecimiento:

Cuando a juicio de la Comisión competente, ya sea el presidente, la comisión en general o el presidente de acuerdo con la junta de gobierno, las irregularidades detectadas afecten la estabilidad, liquidez o solvencia de las entidades financieras y pongan en peligro los intereses del público o de sus acreedores, se podrá declarar la intervención gerencial, designando a la persona física que sea interventor - gerente²³ quien se apersonará en la institución estableciendo la intervención con el principal funcionario que se encuentre.

La intervención gerencial procederá también, en el caso de las controladoras, si alguna de las entidades pertenecientes a ella ha sufrido la designación de un interventor gerente.

El propósito es tomar las riendas de la dirección de la empresa desplazando a la administración ordinaria, a diferencia de la intervención administrativa en la que únicamente se busca corregir las operaciones irregulares.

b) Desempeño.

El Interventor Gerente se convierte en el órgano primario de administración, pues se le otorgan todo tipo de facultades necesarias para desempeñar la administración de la empresa. No quedará supeditado en su actuación a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración, dejando al Consejo como mero órgano para recibir informes y para opinar y a la asamblea para que tome las decisiones ordinarias que le correspondan.

El nombramiento, su sustitución y su revocación, cuando se decrete el levantamiento de la intervención, deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio con el oficio respectivo de la Comisión.

Los reglamentos correspondientes dan todos los detalles de instalación, actas, inventarios, informes, suspensión de algunas operaciones, etc.

En el caso específico de las instituciones de fianzas, su ley propia (artículo 104) establece un procedimiento mucho más contundente consistente en que si detectadas las fallas y dados los plazos procedentes para corregir la situación, esto no sucede, la autoridad revocará la autorización (en cuyo caso la empresa deberá entrar en liquidación en vista de ser ya imposible su objeto social) o bien apropiarse de las acciones representativas del capital de la misma de modo que la nación mexicana entrará en poder de la institución.

En los casos del mercado de valores existe la posibilidad de instalar, paralelo al interventor-gerente, un Consejo Consultivo designado por la Comisión para asistir a aquél en sus decisiones.

4.2.4.- Administración Cautelar.

²³ En materia del mercado de valores estos interventores-gerentes deben provenir de un registro ad hoc.

En el caso de las Instituciones de Banca Múltiple se había establecido una dualidad peligrosa y con muchas confusiones, por un lado se regulaban las intervenciones administrativa y gerencial como las comentadas para los demás intermediarios y, por otro, se establecía la posibilidad de una “Administración cautelar” provista por la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

A partir de las reformas de julio de 2006 desaparecieron las figuras de las intervenciones administrativa y gerencial de las Instituciones de Banca Múltiple para ser reemplazadas por la administración cautelar.²⁴ Esta reforma se inscribe en un nuevo esquema que fue llamado coloquialmente por las autoridades financieras como “resoluciones bancarias” que contempla un complejo entramado de medidas que tienden a que las instituciones de crédito con dificultades de liquidez y solvencia puedan entrar en diversos programas de restauración o, en su caso, de salida.

En dicho complejo de medidas y disposiciones se regulan la participación de las diversas autoridades financieras, así como diversas medidas tendientes a proteger los intereses del público ahorrador de la institución involucrada.

Lo interesante de estas reformas es que ofrecen, para los propósitos de la visión de las instituciones en el sistema financiero, una nueva visión de las autoridades financieras que empiezan a abandonar un sistema unificado y establecido para todos los intermediarios e inician una práctica que aumenta las facultades de las autoridades y establece mecanismos complejos y novedosos (administración “cautelar”, instituciones en operación condicionada, Comité de Estabilidad Financiera, apoyos financieros, fideicomiso de las acciones, créditos de saneamiento, Instituciones de Crédito “puente” operadas por el IPAB, transferencias de activos y pasivos, etc.)

5.- Convenio de responsabilidades en un Grupo Financiero.

La creación de Grupos Financieros acarrea una protección indirecta adicional al gran público usuario de los servicios financieros. Puede decirse válidamente que un cliente de una entidad financiera que forma parte de un Grupo está más protegido que el cliente de una entidad independiente y esa es una ventaja más de la operación de las entidades asociadas en un grupo²⁵.

Esta protección consiste en un respaldo que la controladora de un Grupo da, en forma subsidiaria, a las obligaciones y responsabilidades de las entidades que lo conforman. La utilidad es que los acreedores de las entidades saben que una vez agotado el patrimonio de la entidad deudora, existirá el patrimonio de la controladora para responder de las obligaciones de aquella.

El antecedente de esta figura existía en los grupos financieros que se formaban al amparo de la antigua ley de 1941 reformada a fines de los años sesenta para crear la posibilidad de asociación entre diversas entidades financieras las cuales, por decisión de la asamblea pactaban la formación de una reserva especial que se destinaba a inyectar el capital que requería una de las entidades asociadas que estuviera en problemas.²⁶

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras lo prescribe de la siguiente manera:

²⁴ Se reformaron los artículos 137 a 143 y se adicionaron los artículos 144 a 149 de la Ley de Instituciones de Crédito y se derogaron los artículos 49 a 57 de la Ley de Protección al Ahorro Bancario. (Diario Oficial de la Federación de 6 de julio de 2006).

²⁵ El tema de los Grupos financieros y sus ventajas está ampliamente desarrollado en el Capítulo 4 del presente.

²⁶ Una explicación de este tópico puede verse en el capítulo cuarto del presente, apartado 2.1.

ARTICULO 28.- *La controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un grupo suscribirán un convenio conforme al cual:*

I.- La controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras integrantes del grupo, correspondientes a las actividades que, conforme a las disposiciones aplicables, le sean propias a cada una de ellas, aún respecto de aquéllas contraídas por dichas entidades con anterioridad a la integración al grupo, y

II. La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. En el evento de que el patrimonio de la controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, respecto de las entidades financieras integrantes del grupo se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán, en primer término, respecto de la institución de crédito que, en su caso, pertenezca a dicho grupo y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del grupo hasta agotar el patrimonio de la controladora. Al efecto, se considerará la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la controladora, su participación en el capital de las entidades de que se trate.

Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando los activos de la entidad no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.

Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la controladora.

En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo.

La materia protegida consiste en:

a) las obligaciones derivadas de actividades propias a cada entidad, aún aquellas contraídas por dichas entidades con anterioridad a su integración al grupo, y

b) las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. Se entiende por “pérdidas” el hecho de que los activos sean insuficientes para atender sus obligaciones de pago. Es decir se mantiene la vieja definición de “insolvencia” en lugar de la más moderna noción de “iliquidez”.

El convenio es celebrado entre la controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un grupo. Esta circunstancia implica dos consecuencias fundamentales: Una de ellas prevista al final del artículo en cuestión, a saber, el que si bien la controladora responde por las pérdidas de las entidades, ello no sucede al revés ni entre las entidades entre sí, es un convenio entre la controladora y sus entidades en donde las obligaciones fundamentales están en aquélla. Incluso existe la norma de que si son varias las entidades emproblemadas en un grupo, la controladora debe distribuir su apoyo en forma proporcional aunque dará preferencia a la institución de crédito que exista en el grupo.

La segunda es que los terceros acreedores, que supuestamente son los beneficiados, no parecen tener acción contra la controladora. La normatividad de este convenio (tanto la ley citada como las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos

Financieros²⁷) parece excluir la posibilidad de que tanto los terceros acreedores como los accionistas de las entidades tengan acción para exigir a la controladora el cumplimiento de su obligación. Dicha normatividad se apega con fuerza al principio *res inter alios acta*; sin embargo, cabe interpretar que el convenio ordenado por la ley sea una estipulación a favor de tercero (No puede pensarse de otro modo si el legislador pone el artículo en cuestión dentro del capítulo de Protección a los Intereses del Público), caso en el que el tercero en cuyo favor un contratante ha hecho una estipulación, tiene acción para exigir el cumplimiento de tal obligación.

La estructura de cumplimiento de la obligación de la Controladora está armada en las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de los Grupos Financieros (Regla Décimo Novena), de modo que se requiere que la autoridad supervisora determine la existencia de dicha obligación (Fracción I). Sin embargo, con base en el principio de la estipulación a favor de tercero mencionada, un acreedor podría activar los mecanismos para lograr la respuesta de la controladora.

El caso de las pérdidas (según son definidas por las Reglas que norman el convenio) es menos claro, ¿quién sufre las pérdidas en una sociedad? En principio los accionistas y los acreedores, el caso de los acreedores ya quedó contemplado en los párrafos antecedentes. El caso de los accionistas que comparten con la controladora el capital de la entidad es peculiar, si las pérdidas se cubren haciendo nuevas inyecciones de capital, proporcionales a la participación accionaria, el mecanismo de protección no es realmente necesario, es un simple acuerdo de accionistas. Ahora que si la controladora se

²⁷ DÉCIMA NOVENA.- El convenio único de responsabilidades que suscriban la Controladora y cada Entidad, adicionalmente a lo establecido en el artículo 28 de la Ley, deberá especificar que:

I.- La Controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las Entidades Financieras, correspondientes a las actividades que conforme a las disposiciones aplicables le sean propias a cada una de ellas, aún respecto de aquellas contraídas por dichas Entidades con anterioridad a su integración al Grupo. El cumplimiento de dichas obligaciones se cubrirá hasta por el límite del patrimonio de la propia Controladora.

La Controladora deberá responder por las obligaciones de una Entidad Financiera, cuando esta última no haya dado cumplimiento a una obligación, que a juicio del Organismo al que compete su inspección y vigilancia sea exigible. Dicho Organismo deberá comunicarlo a la Comisión y ésta a su vez lo hará del conocimiento de la Controladora.

II.- La Controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de las Entidades Financieras y hasta el límite de su patrimonio. Se entenderá que una Entidad Financiera tiene **pérdidas** cuando se presente cualquiera de los supuestos siguientes:

a).- Cuando su capital contable sea inferior al capital mínimo pagado con que deba contar el tipo de Entidad Financiera de que se trate de conformidad con las disposiciones que lo regulan;

b).- Cuando su capital o reservas sean inferiores a los exigidos por las disposiciones que le sean aplicables; o

c).- Cuando a juicio del Organismo encargado de supervisar a la Entidad Financiera se prevea que ésta sea insolvente para cumplir con sus obligaciones;

III.- La Controladora deberá responder por las obligaciones referidas en la fracción I, en un plazo de quince días hábiles contado a partir de la fecha en que la **Comisión le haya notificado** su exigibilidad;

IV.- Tratándose de aportaciones que deba realizar por las pérdidas referidas en los incisos a) y b); de la fracción II la Controladora estará obligada a efectuarlas en un plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que se presenten tales pérdidas.

La responsabilidad de la Controladora, prevista en el párrafo anterior, se establece sin perjuicio de los plazos y términos conforme a los cuales deban cubrirse las pérdidas que afecten al capital y reservas de una Entidad Financiera, de conformidad con las disposiciones que le sean aplicables.

En el supuesto a que se refiere el inciso c) de la fracción II, el Organismo que inspeccione y vigile a la Entidad Financiera de que se trate, determinará el monto de las aportaciones y el plazo en que deban efectuarse y lo notificará a la Controladora.

Las aportaciones para cubrir las pérdidas antes referidas, se efectuarán a través de **aumentos en el capital social** de la Entidad Financiera que presente pérdidas por una suma equivalente al monto total de las mismas. En el evento de que los accionistas de la Entidad Financiera, distintos a la Controladora, no suscriban las acciones que les correspondan en ejercicio de su derecho del tanto, la Controladora estará obligada a suscribir las acciones necesarias para cubrir el total de las pérdidas de que se trate en los términos previstos en esta fracción;

V.- En todo caso la Entidad Financiera deberá informar al Organismo que la supervise y a la Controladora respecto de la eventual obligación o pérdida por la que esta última deba responder o garantizar tan pronto como se presente o se prevea; y

VI.- Los convenios respectivos podrán incluir además de los aspectos a que se refieren las fracciones anteriores, las estipulaciones que las partes estimen convenientes siempre que éstas no alteren o contravengan lo dispuesto en la Ley, las presentes reglas y demás disposiciones aplicables.

ve, por operación del convenio de responsabilidades, obligada a inyectar capital, el resultado será que los otros accionistas vean diluida su aportación. ¿Tendrán interés jurídico en que eso suceda, al grado de tener acción para exigir de la controladora el cumplimiento del convenio? Para contestar afirmativamente tendría que sumarse al principio de ser terceros beneficiados por el convenio, el considerar que están interesados en salvaguardar su aportación aunque su porcentaje de participación sea menor.

En suma, aunque se trata de una medida a favor del público inversionista cliente del sistema financiero, la ley y la reglamentación arrojan la facultad de exigir el cumplimiento del convenio a las autoridades.

Por la forma de estar normado el contrato es difícil calificarlo precisamente como contrato, como acuerdo de voluntades.

Sin que sean óbice para mantener la naturaleza de contrato, hay algunas circunstancias que desdibujan su figura: se trata de un convenio unilateral pues las obligaciones recaen en una sola de las partes: la controladora; resulta gratuito pues las cargas económicas recaen en una sola de las partes; el contenido está determinado por las normas legales y reglamentarias y es obligación de las entidades que se agrupan el celebrarlo, no hay margen de introducir variaciones negociadas entre las partes (el margen de libertad que da la fracción VI de la citada regla Décima Novena, es prácticamente letra muerta que parece puesta para tratar de reforzar la teoría de ser un contrato).

Pero sobre todo, las partes prácticamente no pueden exigir su cumplimiento, pues como la voluntad de las entidades es una voluntad que radica mayoritariamente en la controladora, no es pensable que se establezca una diversidad fundamental que lleve a establecer litigios entre ellas. El querer de la entidad será siempre el querer de la controladora aunque formalmente se trate de personas jurídicas diversas.

Bastaría con la obligación puesta en la ley para que los estatutos, de la controladora principalmente, y de las entidades que forman parte del grupo incluyan las normas del “acuerdo” para que éste fuera operativo. Sin embargo, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras ha añadido una sumamente prolija regulación de la operación del convenio, véase al respecto el artículo 28 bis adicionado con la reforma de 6 de julio de 2006.²⁸

6.- Procedimiento de reclamaciones.

¿Qué puede hacer un cliente de una entidad financiera cuando tiene una queja respecto de los servicios que tiene contratados? Una tendencia que ha venido surgiendo, en todo el mundo y en todo tipo de empresas, ha sido la de crear en las propias empresas instancias a las que el cliente puede acudir para presentar una reclamación, o a hacer una consulta sobre algo relacionado con sus operaciones con dicha empresa. Los estudios de calidad en el mundo empresarial han determinado que hay más fidelidad en un cliente que ha tenido un problema y ha sido satisfactoriamente atendido que en un cliente que jamás ha tenido un problema con la empresa.

Desde luego que siempre ha existido la posibilidad de resolver una diferencia en tribunales, pero esta opción debe ser vista como de última instancia, sobre todo por lo complejo de los procesos judiciales mexicanos.

²⁸ Otros comentarios sobre la operatividad de las Reglas Generales en comento se recomienda ver a CARVALLO YAÑEZ, ERICK. *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995, página 25 y siguientes.

Los distintos sistemas financieros en el mundo han venido creando una serie de estructuras que atienden a estos propósitos. El último fenómeno ha sido la creación de un “Ombudsman” de los clientes, un ente que visualiza la problemática de la clientela y defiende sus derechos o bien resuelve una controversia.

El mundo financiero en países como España, Alemania y el Reino Unido ha desarrollado un sistema de atención a quejas de la clientela mediante la creación de oficinas que hacen realidad el concepto de Ombudsman.

España ha instaurado un Servicio de Reclamaciones en su banco central en donde recibe estas reclamaciones de los clientes en el que uno de los requisitos es que si internamente existe en la entidad una oficina de un “defensor del cliente”, haya pasado primero por ella.

En uno de sus informes anuales, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España dice lo siguiente: *“Se recoge a continuación una relación de las entidades que han designado un defensor del cliente u órgano equivalente. Aunque el tiempo transcurrido desde alguna de estas designaciones ha sido breve, es un dato revelador comprobar cómo las citadas entidades experimentan, en general, un descenso en las reclamaciones que se reciben. Es interesante resaltar, como dato expresivo de cuanto venimos comentando, que los escritos de los reclamantes que se han remitido al defensor del cliente durante el año, por no haber cumplido el trámite previo (que son 951 en total) únicamente han vuelto al Servicio en este período y han dado lugar a reclamación 145, lo que equivale a un 15,2%”*.²⁹

En el Reino Unido la institución es llamada *Office of the Banking Ombudsman* y se trata de un individuo (Ombudsman) designado por un Consejo de 8 miembros, cinco de los cuales son independientes y tres son designados por los bancos que están integrados al servicio y que lo mantienen (prácticamente la totalidad). Su función básica es recibir quejas de clientes de bancos y facilitar su satisfacción, arreglo o fungir como árbitro.³⁰ Este es un servicio que los propios bancos han decidido operar y al que se afilian voluntariamente.

De la misma manera, en Alemania, como un resultado de un acuerdo de la Asociación de Bancos Alemanes, en noviembre de 1991, se creó en el seno de ésta, la figura de un Ombudsman que funciona en términos similares a los comentados en España y en Inglaterra.

En suma, puede decirse que una estructura escalonada de opciones para un cliente sería:

- 1° una instancia de consultas y quejas en la propia institución, esta instancia puede tener hasta dos etapas: una reclamación normal y la operación de un defensor del cliente interno.
- 2° una instancia administrativa proveída por autoridad o por un grupo de empresas de la misma industria, para conciliación o arbitraje.
- 3° el sistema de tribunales.

6.1.- Atención a consultas y quejas de la clientela.

Esta es una labor incipiente en el sistema financiero mexicano, es decir el proveer internamente de una posibilidad para que los clientes puedan hacer sus consultas y quejas.

²⁹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1991. Imprenta del Banco de España. Madrid 1992.

³⁰ Tomado de The Banking Ombudsman Scheme. Terms of Reference. Folleto publicitario publicado por la Office of the Banking Ombudsman, en Enero de 1997, en Londres, Inglaterra.

El primer paso proveído por las entidades financieras es el de crear una infraestructura que permita al cliente preguntar y obtener respuesta rápida, tanto de situaciones normales (consultas de estados de cuenta), como de aclaraciones (explicaciones de cargos y abonos), o de reclamaciones (desconocimiento de cargos o abonos).

Así, se han creado instancias telefónicas en donde una gran cantidad de operadores pueden con consulta de dispositivos electrónicos atender muchas de esas llamadas. Los mismos sistemas de banca electrónica que se desarrollan con intensidad y cada día con más alcance y perfección proveen al cliente el acceso a esas posibilidades, vía el uso de Internet o de intranets.

En un segundo paso, algunas entidades financieras han creado, dentro de su estructura interna, una entidad especial para atender a los clientes que se quejan y reclaman incluso contra la resolución que inicialmente que la instancia ordinaria ha dado, es decir, se está creando un Ombudsman interno, que atiende estas presentaciones de los clientes, por arriba de las oficinas y adscripciones que usualmente atienden el producto y el cliente.

Este segundo paso se organiza usualmente con una oficina (un individuo o una comisión) reportando al más alto nivel de la organización, pues la filosofía es: **defender los intereses de la institución defendiendo los intereses del cliente.**

Ahora bien, este primer nivel, interno de las instituciones nació o como iniciativa de las mismas empresas o por disposiciones de las leyes específicas de los intermediarios

Con motivo de la crisis financiera desatada en los años 1994 y 1995, las autoridades supervisoras se vieron saturadas de los procedimientos administrativos de reclamación y pensaron que la creación formal de la instancia interna debería resolver la mayor parte de las quejas, con esa visión se creó una disposición³¹ que ponía el énfasis en la estructura organizacional y en vigilar que las instituciones bancarias cumplieren con la misma. Con las reformas a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros de enero de 2000, esas normas fueron derogadas y han dado paso a la generalización de la obligación para las Instituciones del sistema financiero de contar con una unidad interna dedicada a la atención de las consultas y reclamaciones de sus clientes, a cargo de un titular ampliamente facultado, con oficinas en todas las entidades donde opera, debidamente difundidas en cuanto a su ubicación, y que responderá al usuario quejoso con brevedad (30 días), rindiendo informes trimestrales a su Comisión supervisora.³²

³¹ Artículo 118-B.- Las instituciones de crédito deberán contar con unidades especializadas que tengan por objeto atender consultas y reclamaciones de sus usuarios.

Las unidades a que se refiere el párrafo anterior, se sujetarán a lo siguiente:

- I. - El titular de la unidad deberá tener facultades para representar y obligar con su firma a la institución;
- II. - Contarán con personal en cada entidad federativa en que la institución tenga sucursales u oficinas, de acuerdo al programa de distribución regional que deberá ser aprobado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores;
- III. - Deberán responder por escrito al usuario dentro de un plazo de treinta días hábiles, contado a partir de la fecha de recepción de la consulta o reclamación;
- IV. - La documentación e información correspondiente a las consultas o reclamaciones y el plazo que deban ser conservadas por la institución, se regirán por las disposiciones de carácter general que emita la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y
- V. - El titular de la unidad deberá presentar semestralmente al consejo de administración de la institución, un informe de las consultas o reclamaciones recibidas y atendidas, en el que se identifiquen las operaciones o áreas de la institución que registren el mayor número de consultas o reclamaciones, así como las causas que las motivan, a fin de que se adopten las medidas que correspondan. La institución deberá proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores copia simple del citado informe, a más tardar dentro de los treinta días hábiles posteriores a su presentación en el consejo de administración.

Las instituciones deberán informar mediante aviso colocado en lugar visible en todas sus sucursales, la ubicación y horarios de servicio de las unidades previstas en este artículo.

Los usuarios del servicio de banca y crédito podrán, a su elección, presentar su consulta o reclamación ante las unidades respectivas, en forma personal o por escrito.

Lo establecido en el presente artículo es sin perjuicio de que los usuarios puedan proceder en los términos del artículo siguiente.

³² Artículo 50-BIS.- Cada Institución Financiera deberá contar con una Unidad Especializada que tendrá por objeto atender consultas y reclamaciones de los Usuarios. Dicha Unidad se sujetará a lo siguiente:

El acudir a esas oficinas es potestativo para el usuario pues puede acudir directamente a la CONDUSEF (recuérdese que en otros países el agotar esa instancia es requisito antes de ir al Ombudsman) en ambos casos, la presentación de la reclamación interrumpe la prescripción.

En el caso de las Instituciones de Fianzas el acudir primero a la reclamación ante la propia institución es obligatorio antes de usar los otros niveles e instancias (la administrativa y la judicial). La disposición de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas³³ pone especial énfasis en el procedimiento de desahogo de la instancia. Un resumen de dicho proceso se presenta en el siguiente cuadro:

Reclamaciones contra de las instituciones de fianzas:
Artículo 93.-Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
<ul style="list-style-type: none"> • Por escrito con documentación . • La institución tiene 15 días para solicitar al beneficiario todo tipo de información. • El beneficiario tendrá 15 días naturales para proporcionar la documentación. • Plazo hasta de 30 días para su pago, o las razones de su improcedencia. • Recibir pagos parciales es obligatorio sin perder derechos por diferencias. • Contra resolución: Comisión o Tribunales. • La reclamación interrumpe prescripción.

6.2.- Procedimientos Administrativos para atender reclamaciones.

Con el advenimiento de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, se han venido derogando las normas especiales que aparecían en las leyes especiales del sistema y se han venido unificando en lo que es una más de las instituciones comunes del sistema financiero mexicano encomendada a la CONDUSEF.³⁴

I. El Titular de la Unidad deberá tener facultades para representar y obligar a la Institución Financiera al cumplimiento de los acuerdos derivados de la atención que se dé a la reclamación;

II. Contará con personal en cada entidad federativa en que la Institución Financiera tenga sucursales u oficinas;

III. Los gastos derivados de su funcionamiento, operación y organización correrán a cargo de las Instituciones Financieras;

IV. Deberá responder por escrito al Usuario dentro de un plazo que no exceda de treinta días hábiles, contado a partir de la fecha de recepción de las consultas o reclamaciones, y

V. El titular de la Unidad Especializada deberá presentar un informe trimestral a la Comisión Nacional diferenciado por producto o servicio, identificando las operaciones o áreas que registren el mayor número de consultas o reclamaciones, con el alcance que la Comisión Nacional estime procedente. Dicho informe deberá realizarse en el formato que al efecto autorice, o en su caso proponga la propia Comisión Nacional.

La presentación de reclamaciones ante la Unidad Especializada suspenderá la prescripción de las acciones a que pudieren dar lugar. Las Instituciones Financieras deberán informar mediante avisos colocados en lugares visibles en todas sus sucursales la ubicación, horario de atención y responsable o responsables de la Unidad Especializada. Los Usuarios podrán a su elección presentar su consulta o reclamación ante la Unidad Especializada de la Institución Financiera de que se trate o ante la Comisión Nacional.

³³ Artículo 93 .- Los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente ante la institución de fianzas. En caso que ésta no le dé contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, ...

³⁴ LDPUSF. Artículo 63.- La Comisión Nacional recibirá las reclamaciones de los Usuarios con base en las disposiciones de esta Ley. Dichas reclamaciones podrán presentarse ya sea por comparecencia del afectado, en forma escrita, o por cualquier otro medio idóneo, cumpliendo los siguientes requisitos:

I. Nombre y domicilio del reclamante;

II. Nombre y domicilio del representante o persona que promueve en su nombre, así como el documento en que conste dicha atribución;

III. Descripción del servicio que se reclama, y relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación;

IV. Nombre de la Institución Financiera contra la que se formula la reclamación. La Comisión Nacional podrá solicitar a la Secretaría y a las Comisiones Nacionales los datos necesarios para proceder a la identificación de la Institución Financiera, cuando la información proporcionada por el Usuario sea insuficiente, y

V. Documentación que ampare la contratación del servicio que origina la reclamación.

6.2.1.- Disposiciones previas del procedimiento administrativo.

El primer dato a considerar, en materia del procedimiento administrativo de reclamaciones de clientes del sistema financiero, es que se trata de un **procedimiento discrecional**. Los clientes pueden optar por acudir al procedimiento administrativo o acudir directamente a los tribunales. Hay dos modalidades a esta discrecionalidad: En el caso de las instituciones de seguros, el procedimiento es obligatorio y se convertirá en un presupuesto procesal para acudir a tribunales.³⁵

Ahora bien, si para el cliente es optativo el acudir al procedimiento, cuando los clientes lo detonan, las entidades financieras objeto de la reclamación, están obligadas a atenderlo.

El procedimiento administrativo se instaura en la CONDUSEF quien desempeña fundamentalmente dos papeles en el proceso: la de conciliador entre el cliente y la entidad financiera y la de árbitro si así la designan las partes de la contienda, ya sea en amigable composición o en estricto derecho. A la vez esta función le sirve a la CONDUSEF como material de información fundamental para cumplir sus labores de orientación y formación del público así como para su función de hacer recomendaciones a las Entidades y a las Autoridades Supervisoras.

6.2.2.- Desarrollo del Procedimiento Administrativo.

En general puede resumirse la forma de desahogo de las reclamaciones, en las siguientes etapas del Procedimiento Administrativo:

- Inicio procedimiento
- Junta de conciliación
- Arbitraje:
 - * Amigable composición
 - * De pleno derecho
- Ejecución laudo o convenio

Todo el proceso se inicia cuando una de las partes reclamantes presenta su reclamación en **escrito** o por comparecencia ante la CONDUSEF (en su oficina central o en su caso en las Delegaciones Regional existentes en el país). Para el caso los reclamantes pueden ser uno o varios y las Instituciones reclamadas pueden igualmente ser una o varias. La presentación de la reclamación corre por cuenta usualmente del cliente de una entidad

La Comisión Nacional estará facultada para suplir la deficiencia de las reclamaciones en beneficio del Usuario.

Las reclamaciones podrán ser presentadas de manera conjunta por los Usuarios que presenten problemas comunes con una o varias Instituciones Financieras, debiendo elegir al efecto uno o varios representantes formales comunes.

³⁵ **Registro No.** 201186. **Localización:** Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IV, Octubre de 1996. Página: 561. Tesis: III.Io.C.32 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil

JUICIO MERCANTIL ORDINARIO. EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO NO ES UN DOCUMENTO FUNDATORIO DE LA ACCION (LEY DE SEGUROS Y FIANZAS).

La constancia tendiente a acreditar que, previo a acudir al juicio ordinario, se agotó el procedimiento conciliatorio a que alude el artículo 135 de la Ley de **Seguros** y Fianzas, no es un documento fundatorio de la acción, porque en él no se funda el derecho para ejercitar la acción de cumplimiento del contrato, ni se acredita la celebración del mismo, sino que es sólo un **requisito** de **procedibilidad** del juicio ordinario; y además porque no existe la obligación de acompañar esa constancia en el momento en que se presente la demanda, ya que el artículo 136, fracción I, de la legislación antes mencionada, faculta a los actores para que exhiban las constancias relativas durante la secuela procesal, y sólo les impone la obligación de que manifiesten en el escrito de demanda, bajo protesta de decir verdad, que cumplieron con ese **requisito** de **procedibilidad**, antes de acudir al juicio ordinario. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 707/95. Seguros Monterrey, S.A. 8 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretaria: Bertha Edith Quiles Arias.

financiera. En el caso de las operaciones de fianzas puede adherirse una tercera parte que es el fiado cuando lo usual es que la reclamación la presente el beneficiario de la fianza.

La reclamación debe hacerse en un plazo no mayor de dos años contados a partir de que sucedieron los hechos que originan la reclamación o de que la institución negó satisfacer su pretensión. Desde luego ese plazo no perjudica las acciones que los usuarios tengan y pueden ejercer ante los tribunales.

El escrito o el contenido de la comparecencia deberá incluir: Nombre y domicilio del reclamante, del representante que promueve en su nombre (con el documento en que conste dicha atribución) y de la (o las) Institución Financiera contra la que se formula la reclamación, así como una descripción del servicio que se reclama y una relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación, adjuntando la documentación que ampare la contratación del servicio que origina la reclamación.

Hay algunas materias que quedan excluidas de la posibilidad de reclamación. Tales son:

- las derivadas de las variaciones de tasas de interés consecuencia de condiciones generales de los mercados,
- En caso de fideicomisos, sólo se conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios.

El principio de proceso escrito impera en la materia. El escrito es analizado por la autoridad quien podrá rechazar de oficio las que sean improcedentes.

Dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la reclamación deberá correr traslado a la institución financiera de que se trate, anexando todos los elementos que el Usuario hubiera aportado, y señalando en el mismo acto la fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, con apercibimiento de sanción pecuniaria en caso de no asistir. Si la conciliación es posible antes de la celebración de la audiencia, se hará así.

La Institución Financiera reclamada, con anterioridad o en el momento de la celebración de la junta, deberá rendir un **informe por escrito**, en el que deberá de razonar su actuar con respecto a cada uno de los puntos reclamados. Este informe cubre la función de integrar la “litis” es decir, fijar los términos de la controversia, asimismo cubre otra función: la de que una entidad financiera le reporte a la autoridad protectora del consumidor de servicios su conducta en la situación específica. Cuando el proceso se llevaba a cabo por la misma Comisión supervisora de la institución, la entidad respondía pensando no sólo en resolver el problema de la reclamación, sino además en que su actuación va a ser motivo de inspección por parte de la autoridad supervisora, hoy lo debe de hacer con la mente en la trascendencia de que su respuesta va a generar, a la larga un criterio en la autoridad responsable de orientar a los clientes del sistema y de sugerir reglamentaciones a las autoridades normadoras y supervisoras.

La **junta de conciliación** deberá celebrarse dentro de los siguientes veinte días hábiles al de la reclamación y se desahogará aún cuando la institución haya omitido su informe lo cual hará presumir que es cierto lo afirmado por el usuario reclamante.

Existe la posibilidad de que la Comisión solicite información adicional.

En la junta se buscará lograr una avenencia o, si ello no se logra, el que se designe a la comisión como árbitro (en amigable composición o de estricto derecho). De no lograrse alguno de esos acuerdos, las partes quedan en libertad de acudir a los tribunales. Durante el tiempo de desahogo de todo el procedimiento administrativo de queja y conciliación se interrumpe la prescripción de las acciones que las partes tengan.

Una consecuencia importante es que al concluir la junta, cualesquiera que haya sido el tenor de la misma, la institución financiera deberá hacer un registro contable de una **provisión contingente** por el monto de lo reclamado, registro que deberá conservarse hasta que el convenio acordado sea cumplido o se resuelva lo que el arbitraje o el tribunal resuelva lo que proceda. Ese registro podrá cancelarse si en el plazo de 180 días naturales no se da inicio al procedimiento ya sea arbitral o ante tribunales.

Esta provisión contingente tiene una explicación lógica en el caso de instituciones de seguros y en las de fianzas, por la naturaleza propia de su actividad, pero no resulta igualmente lógica para los demás intermediarios para quienes dicha provisión puede convertirse en una carga desusual e incluso peligrosa para la estabilidad financiera de la misma por poder llegar a representar cantidades verdaderamente cuantiosas. No tiene lógica que una institución a la que la ley reconoce como de acreditada solvencia se vea obligada a guardar ese tipo de reservas que congelan los recursos que necesita para realizar su objeto social cotidiano.

El hecho de que las partes no llegaran a presentarse a la junta tiene importantes consecuencias. Si es el reclamante el que no acude y no presenta dentro de los siguientes diez días hábiles justificación de su inasistencia, se le tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la Comisión Nacional por los mismos hechos. En el caso de las afianzadoras si el fiado que ha sido llamado, no se presenta, se desahoga de todas maneras la junta. Si es la Institución financiera la que no asiste el usuario podrá solicitar a la Comisión que le emita un dictamen técnico con su opinión sobre los hechos con la correspondiente valoración técnico-jurídica que será un material importante para el caso de que establezca un litigio.

En el acta que se va levantando de la Junta se harán constar todos estos eventos y particularidades.

El **arbitraje en amigable composición** permite a la Comisión resolver el asunto a buena fe guardada y sin sujetarse a reglas, salvo aquellas esenciales del procedimiento.

Las partes fijarán, al acordar el arbitraje en amigable composición los puntos sobre los que versa la controversia y las formalidades correspondientes. Durante el proceso la Comisión tendrá facultades de allegarse elementos de información y prueba para mejor proveer y resolverá en conciencia, de buena fe, aunque las partes esenciales del procedimiento deben ser conservadas.

El **arbitraje de estricto derecho**, cuando así se haya optado por las partes, se llevará a cabo conforme las etapas, formalidades y términos que las partes pacten, en un compromiso arbitral específico, teniendo la Comisión facultad de allegarse los elementos de prueba y convicción que juzgue menester, apoyándose en cualquier persona pública o privada. En materia de términos la ley precisa algunos de ellos (substrayéndolos al pacto arbitral), así como algunas normas de supletoriedad, fundamentalmente el capítulo procesal del Código de Comercio y, en su defecto, el Código de Procedimientos Civiles para el D.F. excluyendo algunos de sus artículos.

Por lo que toca al **Laudo** correspondiente éste será dictado por la Comisión. Si el proceso se lleva en las Delegaciones Regionales éstas procederán a ocuparse del procedimiento arbitral hasta formular el proyecto de laudo el cual será siempre dictado por la Comisión Nacional. Esta decisión puede obedecer a la conveniencia de lograr unificar criterios y evitar que en un lado de la República se mantengan criterios diversos a los que se sostengan en otras ciudades del país. Sin embargo no deja de ser otra muestra más del

centralismo que vive de hecho el país a pesar de su confesión federalista. Parecería mejor proveer la manera de regular criterios a establecer un centralismo burocrático absurdo.³⁶

El laudo y las resoluciones de incidentes de ejecución, sólo admiten como medio de defensa el juicio de amparo. Se puede solicitar una aclaración para efectos numéricos o de precisión sin que ello sea un recurso procesal.

Contra el laudo sólo procederá un recurso de aclaración del mismo y el juicio de amparo. Contra otras resoluciones que conforme la legislación procesal admitan apelación o revocación, podrán impugnarse en el juicio arbitral mediante el recurso de revisión, que deberá resolverse por el árbitro designado en un plazo no mayor de 48 horas apelación .

Una vez notificado el laudo habrá un plazo de quince días hábiles para que la entidad financiera cumpla voluntariamente el mismo. El incumplimiento permite a la Comisión recurrir a lograr una ejecución judicial. Es menester reconocer que el uso de esta figura, el arbitraje, es raquíptico. Es raro que las instituciones acepten someterse al arbitraje, las estadísticas que comparan el número de reclamaciones con el número de casos de arbitraje así lo demuestran.³⁷

6.2.3.- La reclamación ante tribunales.

Una vez concluido el procedimiento administrativo sin que exista un laudo, o bien cuando las partes rechazaron el arbitraje de la Comisión, los derechos de acudir a tribunales quedan expeditos a entidades financieras y a clientes.

Lo actuado ante la autoridad administrativa será un material importante para el litigio pues la litis estará ya afinada y prácticamente conocidas y preparadas las pruebas en cuestión. El uso del dictamen técnico previsto en la fracción VII del artículo 68 será fundamental para la litis del procedimiento judicial.

7.- Contratos de Adhesión.³⁸

Como medida de protección al público, la posibilidad de revisión de los contratos que en forma unilateral son preparados por las entidades financieras para celebrar sus operaciones masivamente con el público, está contenida en términos genéricos en las facultades de Supervisión y de Regulación de las autoridades del Sistema Financiero Mexicano, con base en tales facultades es perfectamente posible que se establezcan revisiones y limitaciones a la fijación de los textos de dichas operaciones.

Sin embargo, existe una preocupación específica en el legislador de determinados intermediarios y determinadas operaciones de los mismos. Tales normas se encuentran dispersas en las leyes, en algunas quedan claramente en el capítulo de la protección de los

³⁶ Artículo 71 LPDUSF.

³⁷ La CONDUSEF reporta las siguientes estadísticas globales del sistema financiero:

AÑOS	2003	2004	2005
RECLAMACIONES	21,777	24,660	25,528
ARBITRAJES	9	5	21
DICTÁMENES TÉCNICOS SOLICITADOS	1,935	2,497	2,212

Información tomada del sitio Internet de CONDUSEF: www.condusef.gob.mx

³⁸ La palabra adhesión proviene del latín *adhesio* y *adhaesus*, derivado del verbo *adhaerere*, estar pegado estrechamente y se emplea para calificar ciertos contratos que se les denomina contratos de adhesión; término que utilizó por primera vez el jurista francés Saleilles. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa S.A., Universidad Nacional Autónoma de México. México 1995, Tomo "A-C" página

intereses del público, otros en disposiciones generales y otros en las facultades de las autoridades.³⁹

Adicionalmente, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de los Servicios Financieros añadió el tema en sus preocupaciones asignándole facultades a la CONDUSEF sin derogar las existentes en las Comisiones supervisoras y leyes de los intermediarios.

7.1.- Validez Jurídica de los Contratos de Adhesión.

Para que se de el fenómeno llamado “Contrato de adhesión” se requiere un proceso de formación de la voluntad en donde la policitud hecha no admite una modificación ni existe la posibilidad de hacer contraofertas (nuevas peticiones). Normalmente el caso se da cuando el servicio o producto ofrecido se hace en forma masiva o generalizada y, además, reviste una serie de circunstancias técnicas que restringen la posibilidad de hacer “trajes a la medida”.⁴⁰

En esos casos el que ofrece el producto o servicio lo diseña de manera estandarizada y se hace de todo el soporte técnico e infraestructura que requiere para prestarlo. Los servicios de transporte, de hotelería, de comunicación telefónica, de radio localizadores, de distribución de fluidos, agua, eléctrico o de gas; servicios de mantenimiento de equipos; algún tipo de servicios alimenticios; las máquinas tragamonedas; son unos cuantos ejemplos de este tipo de contratos. Muchos de los servicios financieros reúnen estas características.

En una corriente de pensamiento, estas operaciones no pueden ser llamadas contratos por una diversidad de razones, entre ellas: no media en la celebración la autonomía de la voluntad; no hay libertad de elección; no hay posibilidad de negociación (peticiones, nueva oferta, aceptación).

Hay quienes piensan que esta figura es más bien una importación del derecho administrativo al derecho privado, pues se trata de meros guiones administrativos

En la línea opuesta de pensamiento, la existencia real de un contrato, es menester identificar que la verdadera naturaleza del contrato civil implica solamente el encuentro de dos voluntades exentas de vicios sobre un objeto jurídico, de cualquier manera que éste se haya fijado. Es decir, con que exista objeto y consentimiento, y en el caso de los contratos de adhesión, lo hay, existe un contrato. Por lo tanto, dicha naturaleza no se le puede negar a los contratos de adhesión. No hay, por otro lado, limitación a la libertad, el contratante la tiene para decidir si acepta o no el producto o servicio ofrecido.⁴¹

³⁹

Ley del Mercado de Valores, antigua (1975)

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Sociedades de Inversión.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley de Instituciones y Mutualidades de Seguros.

Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

Artículo 102

Artículo 118-A

Artículo 39

Artículo 85,

Artículo 36-B

Artículos 29, 79 y 90

Artículo 76

⁴⁰ La Ley Federal del Consumidor en su artículo 85 define al contrato de adhesión como “el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español u sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.”

⁴¹ Una amplia presentación de las argumentaciones a favor y en contra de la naturaleza contractual de los “Contratos de Adhesión” puede encontrarse en las obras siguientes: WEIL, ALEX; TERRÉ, FRANÇOIS. Droit Civil. Éditions Dalloz. Paris 1986. Páginas 92 y siguientes; BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I, Editorial Porrúa S.A. México, 1962, páginas 152 y siguientes.

El que se afirme la validez de los contratos no supone una carta blanca para que el redactor de los mismos pacte cláusulas leoninas. *“No cabe duda que los contratos de adhesión son verdaderas formas contractuales en cuanto el consentimiento se exprese en debida forma y sin vicios. Lo que no significa que la existencia de condiciones a las cuales deban adherir los clientes permita a los bancos establecer toda suerte de previsiones exclusivamente en su beneficio o en detrimento injustificado de la parte más débil.”*⁴²

7.2.- La validación de los contratos de adhesión.

Las facultades de revisar los modelos de las entidades financieras están asignadas a las Comisiones revisoras y a la CONDUSEF. Podría pensarse que tal facultad debería quedar comprendida dentro de las facultades reguladoras de las operaciones del Banco Central, sin embargo el hecho de estar confiada como está revela la naturaleza de su función más inclinada a proteger los intereses de los clientes que contratan con el sistema.

Si la ratio legis de la revisión de los modelos de contratos fuera estrictamente cuidar las condiciones de celebración de las operaciones, entonces sería lógico el pensar dejarlo dentro de las facultades reguladoras de la operación. Como se trata de cuidar los intereses del público, la función cae en manos de quien cuida, tanto dichos intereses, como de que las cosas se hagan conforme a derecho.

Cabe decir que la función revisora y validadora de las autoridades en nada prejuzga respecto de la relación jurídica entre el intermediario y el cliente. La relación entre estos dos se mantiene inmutable, la violación a alguna de las normas u órdenes derivadas de la facultad sólo tiene efectos administrativos entre la autoridad y la entidad financiera. Sólo hay una excepción: en materia de Seguros, la falta de validación a través del proceso de registro produce la nulidad relativa del acto pero sólo para una de las partes: el cliente. Dice el artículo 36 - B, último párrafo:

El contrato o cláusula incorporada al mismo, celebrado por una institución de seguros sin contar con el registro de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a que se refiere este artículo es anulable, pero la acción sólo podrá ser ejercida por el contratante, asegurado o beneficiario o por sus causahabientes, contra la institución de seguros y nunca por ésta contra aquéllos.

El tratamiento a esta materia no es uniforme en todos sus detalles, algunos intermediarios tienen normas que no se encuentran en los otros, mas, atentos al espíritu de encontrar las instituciones jurídicas en su función de comunes denominadores, se puede encontrar un diseño básico.

7.2.1.- Obligatoriedad de la revisión.

Por lo que toca a la regulación del tema en las legislaciones y facultades de las comisiones supervisoras de los intermediarios, las facultades de revisión de los modelos de adhesión son obligatorias en el caso de las afores, instituciones de seguros y las de fianzas, mientras que son potestativas en los casos de bancos, organizaciones auxiliares del crédito, casas de bolsa y sociedades de inversión. En el caso de los bancos sólo se refiere a las operaciones activas, en los demás intermediarios se refieren a los modelos usados en general con el público.

En el caso de CONDUSEF la facultad revisora es imperativa para la Comisión y los intermediarios quedan sujetos a ella.

⁴² RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. Contratos Bancarios. Biblioteca Felabán. Cuarta Edición. Bogotá Colombia, 1990. Página 119.

En verdad, esta dualidad de funciones resulta absurda, puede suceder que CONDUSEF revise y valide un contrato de adhesión mientras la Comisión supervisora del intermediario la observe, o viceversa. ¿Qué criterio debe prevalecer? No hay norma que dé una solución.

7.2.2.- Propósito de la función de revisión.

El propósito de la función de revisión de los modelos de contratos es, en todas las entidades y en todas las autoridades, el verificar que los contratos tipo usados por los intermediarios estén apegados a la ley y demás disposiciones reglamentarias emanadas de ella o, lo que es lo mismo, que no contengan disposiciones contrarias a dicho marco jurídico.

En algunas leyes específicas el legislador ha añadido otras finalidades que, por lógica, deben ser predicables de toda la función revisora:

- a) que se ofrezcan condiciones uniformes de contratación (Instituciones de Crédito);
- b) no contengan estipulaciones confusas o que no permitan a la clientela conocer claramente el alcance de las obligaciones de los contratantes, o que pueda inducir a error. (Protección y Defensa al Usuario, Mercado de Valores –antigua- y Organizaciones Auxiliares);
- c) no establezcan obligaciones o condiciones inequitativas o lesivas para contratantes, asegurados o beneficiarios de los seguros y otras operaciones a que se refieran. (Seguros).

7.2.3.- Concepto de contrato de adhesión.

¿Qué debe entenderse por contratos de adhesión? Desde luego que el concepto no es, en materia financiera, diverso al que se conoce en la teoría de las obligaciones y de los contratos, conforme ha quedado explicado arriba, sin embargo algunas leyes hacen definiciones específicas:

Para la materia de bancos, es contrato de adhesión:

*aquél elaborado unilateralmente por una institución, que conste en documentos de contenido uniforme en los que se establezcan los términos y condiciones aplicables a las operaciones activas que celebre la institución.*⁴³

Para la materia de seguros, son contratos de adhesión:

*aquellos elaborados unilateralmente en formatos, por una institución de seguros y en los que se establezcan los términos y condiciones aplicables a la contratación de un seguro así como los modelos de cláusulas elaborados para ser incorporados mediante endosos adicionales a esos contratos.*⁴⁴

Para la materia de protección y defensa al usuario de los servicios financieros (es decir, aplicable a todos los intermediarios), es contrato de adhesión

*aquél elaborado unilateralmente por una Institución Financiera, que conste en documentos de contenido uniforme, en el que se establezcan los términos y condiciones aplicables a los servicios que presten.*⁴⁵

7.2.4.- Consecuencias de la revisión.

⁴³ Ley de Instituciones de Crédito. Artículo 118 - A

⁴⁴ Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. Artículo 36 - B

⁴⁵ LPDUSF, artículo 56.

Las consecuencias de la revisión ejercida por las autoridades a los modelos de contratos son fundamentalmente: en primer lugar, el que se modifiquen los contratos en aquellas partes que no merecieron la aprobación de la autoridad revisora; en segundo lugar la suspensión del uso de tales formatos.

Existen variantes de estos principios básicos según la entidad financiera de que se trate, pero son de detalle. Por ejemplo, en materia de seguros, los contratos deben ser objeto de registro y sin él no pueden ser usados; en los contratos de las afores, debe obtenerse una aprobación del consejo y en especial de los consejeros independientes. En el caso de afianzadoras y aseguradoras y en filiales de entidades financieras del exterior, entre los requisitos que deben llenar para pedir la autorización, están los modelos de contratos que usarán con el público.

En algunas se hace referencia a la facultad reglamentadora de la autoridad para prever la posibilidad de dictar disposiciones de carácter general en las que establezcan los requisitos mínimos que deben llevar los contratos e incluso fijar el contenido de algunas cláusulas que invariablemente deben de llevar.

En esto no hay que olvidar la facultad que en el sentido de regular operaciones tiene el Banco de México, al amparo de la cual puede exigir el uso de determinadas redacciones en los contratos a celebrar con el público, facultad que en más de una ocasión ha ejercido el instituto central.

En el caso de la ley de fianzas la ley prescribe un procedimiento de oposición por parte de las instituciones a las modificaciones sugeridas.

La norma más sensata parece ser la genérica que aplica a todos los intermediarios y que es la facultad de CONDUSEF ya que es simplemente propositiva y además debe conducirse por conducto de las autoridades competentes, es decir las autoridades supervisoras y reguladoras.⁴⁶

Similar al caso de los contratos de adhesión está el fenómeno de los estados de cuenta por medio de los cuales las entidades informan a sus clientes de los movimientos y registros que se han producido en las operaciones que tienen celebradas con la entidad. Estos Estados de Cuenta han llegado a ser en ocasiones verdaderos galimatías de muy difícil comprensión. El usuario debe tener derecho no sólo a recibir un estado de cuenta, sino a que sus conceptos le resulten claros e inteligibles.

En tal sentido la CONDUSEF añade a sus facultades la de poder revisar dichos estados de cuenta y la de sugerir, a través de las autoridades competentes, cambios en los mismos.

La cuestión sigue siendo: ¿son suficientes estos procesos para que el público esté realmente protegido?, en principio puede decirse que sí, sin embargo la práctica ha demostrado, en algunos momentos históricos, que el público usuario, a pesar de haber firmado los contratos, habiendo recibido explicaciones de la entidad e incluso del notario en casos de escritura pública, han llegado a combatir la validez de tales contratos, logrando en más de una ocasión sentencias declarando nulidades de contratos o de alguna cláusula.⁴⁷ Las estadísticas de procesos de reclamaciones en materia de bancos, de seguros, de sistemas de ahorro para el retiro han evidenciado la no total claridad de operaciones hechas al amparo de contratos modelo.

⁴⁶ Véanse los artículos 56 y 11, fracción XVIII de la LPDUSF.

⁴⁷ Recuérdense, como ejemplos, las reclamaciones surgidas a las casas de bolsa cuando el "crash" de la bolsa de 1987 o los litigios surgidos en créditos hipotecarios contra bancos a raíz de la crisis de 1995.

La labor a realizarse en esta materia queda a cargo de: la clientela que debe desarrollar cada vez más una cultura en cuestiones financieras; de las entidades financieras cuidando no hacer diseños de contratos en los que se desprece el interés de la clientela; de las autoridades supervisoras para que ejerzan con intensidad sus facultades, del llamado “Ombudsman financiero”, la CONDUSEF y, por último, del legislador financiero quien puede hacer una seria reflexión de las normas a dictar en esta materia.

8.- La Información a los usuarios de los servicios financieros.

Una función característica de las entidades protectoras de los consumidores es el difundir información sobre el tópico de los productos y servicios que adquieren o usan. El propósito es doble: crear una cultura de uso de los mismos y permitirles que tomen decisiones más prudentes gracias a que tienen elementos de juicio y comparación.

Este es el caso de la CONDUSEF quien incorpora entre sus muy importantes funciones esta en comento. Su participación en el proceso regulada por la ley (artículos 51 a 58) cubriendo normas respecto de cómo recaba la información, la obligación de proporcionársela y de cómo se difunde tanto entre usuarios como entre las propias entidades.⁴⁸

Por lo que hace al acopio de la información, la Comisión Nacional podrá solicitar a las Instituciones Financieras, la información referente a las características generales de los distintos productos, tasas de interés, de las operaciones que formalicen con contratos de adhesión, y, en general, sobre los servicios que se ofrecen a los Usuarios, sin perjuicio de que obtenga la información de su observación cuidadosa del mercado. Las entidades están obligadas a colaborar dándole la información en cuestión.

La información así capturada fluirá hacia el gran público en forma general⁴⁹.

Renglón aparte está la información derivada de la conjunción de quejas y reclamaciones que manejen y que es útil para que se puedan tomar decisiones de mejoras a servicios y productos ya existentes o sobre aquellos que demanda el mercado. Asimismo el público podrá conocer los índices de reclamaciones contra las diversas Instituciones Financieras, estos sí, sólo a petición expresa de los usuarios.

9.- El Seguro sobre los Depósitos de las Instituciones de Crédito.

Después de una larga historia de protección a los inversionistas del público a través de una práctica garantía del gobierno federal por el 100% de los ahorros de la clientela y las decisiones con la crisis de los años noventa que fueron tomadas en los instrumentos de protección existentes en ese entonces (Fobaproa, Fameval) y que fueron causa de grandes polémicas, cuya dilucidación no es pertinente en este sitio, pero de las que debe decirse, en primer lugar, que coadyuvaron a evitar una ruina total del sistema financiero y, en segundo sitio, que demostraron que era menester evolucionar a otros estadios de protección al ahorrador.

El nuevo sistema parte de una responsabilidad subsidiaria del Estado a través de un organismo público descentralizado: el Instituto de Protección al Ahorro Bancario⁵⁰. Este nuevo sistema opera como un seguro en donde, conforme a la más sana práctica de la

⁴⁸ Con la reforma de 18 de julio de 2006, la CONDUSEF recibió facultades para intervenir en las operaciones de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple no reguladas, es decir, que no forman parte del Sistema Financiero Mexicano.

⁴⁹ CONDUSEF edita una revista periódica pero mantiene su gran herramienta de información en su sitio de Internet: www.condusef.gob.mx

⁵⁰ Véase el Capítulo 5, sección 5.2

actividad aseguradora, no se garantiza el 100% de las responsabilidades de una institución pues esta es una práctica perversa que produce una mala señal tanto para instituciones como para ahorradores, sino tan sólo una parte e incluso muchas de estas operaciones no reciben una cobertura total.

La figura siguiente es un resumen del estado que guardaba el seguro de depósitos en otros países que fueron considerados para la elaboración del régimen de seguro en México.⁵¹

Cobertura de Seguro por Tipo de Depósito y Límite (en dólares americanos)				
Tipo de límite	Bajo	Medio Alto	Coaseguro	Sin límite
Depósitos cubiertos	Hasta 20,000	De 20,000 a 50,000	Más de 50,000	
Sólo familias	Austria, Turquía, Luxemburgo Rep. Checa			
Excluye captación interbancaria	España Hungria Filipinas India	Argentina Dinamarca		Chile Portugal Alemania Colombia
Excluye captación en moneda extranjera	Libano	Venezuela		Colombia Irlanda
Todos menos interbancaria y moneda extranjera	Nigeria Tanzania Bélgica	Inglaterra Canadá Taiwán	Japón Francia	
Todo tipo de depósito			EUA	Finlandia Noruega Kuwait México

La instrumentación del sistema de seguro se hizo en forma paulatina en un programa de siete etapas, equivalentes a otros tantos años de duración. Cada año se fueron eliminando algunas de las obligaciones de los bancos que se estimaron no debían quedar cubiertas. A partir del 1° de enero de 2005, el sistema se ha completado en los términos de las operaciones garantizadas conforme a la ley.

Así fueron saliendo de la garantía: A partir del 1° JUN 1999, las operaciones subordinadas, los interbancarios con Banxico, las realizadas con entidades mismo grupo, las operaciones relacionadas y las ilegales; a partir del 1° de enero de 2000, las operaciones financieras derivadas sobre acciones y metales; a partir de 2001, las operaciones del mercado de derivados; a partir de 2002, los depósitos en garantía y las cuentas fiscales; a partir de 2003 se garantizaron las obligaciones totales que no excedieran a 10'000,000 Udis; y a partir de 2004, sólo se garantizaron las operaciones objeto del seguro hasta un monto de 5'000,000 Udis.

Las obligaciones que quedan garantizadas son aquellas establecidas en los artículos 46 fracción I y II de la Ley de Instituciones de Crédito (Depósitos bancarios de dinero a la vista; retirables en días preestablecidos; de ahorro, y a plazo o con previo aviso; y préstamos y créditos hechos por los clientes o por otros bancos, a la institución de crédito), por persona física o moral, hasta por un monto equivalente a 400 mil Udis, con base al saldo (principal y accesorios) de la obligación.

En la época que se crea el IPAB, el 99% de los depósitos de los clientes de la banca mexicana tenían un valor menor a las 400,000 Udis y representaban el 38% del total de la captación bancaria. Esto significa que la gran mayoría de los ahorradores quedan

⁵¹ Fuente: papeles de trabajo y de exposición de la reforma de las autoridades financieras.

protegidos y que el 1% de los titulares de las cuentas que representan el 60% de la captación bancaria tendrá que ser muy cuidadoso para confiar sus recursos a una institución sólida; significa también que las instituciones de crédito tendrán que ser muy serias para convencer a dichos ahorradores; el resultado es que se mejora la operación del sistema bancario.

Quedan excluidas de la garantía entonces: las operaciones a favor de entidades financieras, nacionales o extranjeras; las que sean a favor de cualquier sociedad que forme parte del grupo financiero al cual, en su caso, pertenezca la Institución; los pasivos documentados en títulos negociables o al portador; las obligaciones o depósitos a favor de accionistas, miembros del consejo de administración y de funcionarios de los dos primeros niveles jerárquicos, apoderados generales con facultades administrativas y gerentes generales, así como las operaciones ilícitas o contrarias a las sanas prácticas bancarias.

El pago de las obligaciones garantizadas procederá cuando se determine la liquidación, suspensión de pagos o quiebra de un banco y se hará en moneda nacional convirtiendo las Udis en base a la paridad del día del pago. El cliente debe hacer (dentro de los 60 días siguientes) su solicitud por escrito, adjuntando copias de contratos, estados de cuenta u otros justificantes.

El IPAB pagará, en el lugar que señale, dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que haya tomado el control del Banco, subrogándose en los derechos del cuentahabiente. Si al cliente le queda a su favor un saldo excedente a las 400,000 Udis, podrá reclamarlo en los términos comunes.

Como esta garantía opera como un seguro, la ley establece que las instituciones de crédito deben contribuir con cuotas (primas) que se determinarán por los órganos del IPAB dependiendo del riesgo al que este expuesto el Banco, su capitalización y otros indicadores de riesgo. Las cuotas ordinarias tendrán un mínimo del 4 al millar sobre el importe de operaciones pasivas de las Instituciones. Podrán fijarse cuotas extraordinarias cuando el Instituto no tenga recursos suficientes; no excederán de tres al millar y sumadas con las ordinarias no deberá superarse el 8 al millar.

Otros de los programas que el IPAB está autorizado a operar es el otorgar apoyos financieros extraordinarios a instituciones de crédito que lo lleguen a necesitar en caso de que la Institución tenga problemas de liquidez o de sanear su operación. La idea es que el IPAB practique un estudio técnico y un programa de saneamiento cuando hay viabilidad en la operación de la institución a fin de no causar un riesgo a los clientes depositantes del mismo. Los accionistas absorberán el mismo costo que queda garantizado con las acciones del Banco propiedad de dichos accionistas.

En materia del ahorro popular, la respectiva ley⁵² establece un sistema de protección a los depósitos de los ahorradores construido sobre una base diferente: las entidades de ahorro deben agruparse en federaciones y éstas en confederaciones y una parte de estos fenómenos de agrupación conlleva el conjuntar esfuerzos y recursos (de uno al tres al millar sobre los pasivos garantizados) para administrar un fondo de protección que ofrece una protección similar: un respaldo a los ahorradores hasta por una suma (de cuatro mil a diez mil Udis según sea el tipo de entidad) así como la posibilidad de ofrecer apoyos de liquidez a las entidades. En un mercado como maneja este tipo de intermediarios, el sistema de seguro es indispensable. En el pasado se conocieron grandes fraudes o manejos ruinosos de

⁵² Artículos 105 a 115 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular.

las sociedades de ahorro y préstamo que llevaron a pérdidas grandes de los ahorros del público y a la necesidad de que el estado instrumentara sistemas de ayuda y reembolso.

En los demás intermediarios financieros no existe un sistema de seguro directo debido a que lo sofisticado de las operaciones hacen presumible que quien contrata con ellas lo hace con conocimiento de causa y asumiendo los riesgos lógicos de toda operación.

La filosofía general es que el Estado no debe ser el garante de todas las instituciones financieras, aún cuando sea su supervisor, en las operaciones que celebran con el público. Los mercados deben operar con sus propias fuerzas, salvo en los casos de protección necesaria a situaciones de interés colectivo.

Conclusión.

En el Sistema Financiero Mexicano existen una serie importante de instituciones concebidas y destinadas a proteger los intereses del público y, de esta manera, proteger el funcionamiento de un sistema financiero con confianza y, por ende, operativo en beneficio del país. Una tendencia en esta materia es la de ir extendiendo cada institución a la generalidad de entidades que operan en el sistema, resultará conveniente continuar esa extensión y proveer uniformidad de criterios aunque con las diferencias que cada mercado específico exija.

CAPÍTULO 11

LOS DELITOS Y LAS INFRACCIONES FINANCIEROS

CONTENIDO:

Presentación.

1. Especialidad de la materia.
2. Competencia federal.
3. Sujetos activos.
4. Petición necesaria.
5. Delitos dolosos.
6. Referencias de ocasión.
7. Penalidades.
8. Compatibilidad con otras figuras penales.
9. Prescripción.
10. Delitos de resultado.
11. Conductas típicas.
 11. 1 Practicar operaciones propias de un intermediario sin autorización.
 11. 2 Lavado de dinero.
 11. 3 Engaño para celebrar una operación.
 11. 4 Autorización indebida de una operación.
 11. 5 Delitos de servidores públicos de las autoridades reguladoras.
 11. 6 Recibir beneficios por la celebración de una operación.
 11. 7 Manipulación de instrumentos de pago.
 11. 8 Disposición o uso indebido de valores o bienes de la clientela.
 11. 9 Mal uso de la información.
 11. 10 Mal manejo de la contabilidad.
 11. 11 Operaciones con partes relacionadas.
 11. 12 Conductas misceláneas.
12. Delitos graves.
13. Política criminal.
14. Infracciones y Sanciones.
 - 14.1 Conductas sancionadas.
 - 14.2 Autoridad Sancionadora.
 - 14.3 Naturaleza de las sanciones.
 - 14.4 Sujetos de una sanción.
 - 14.5 Procedimiento.

Conclusión.

Presentación.

Cada una de las leyes financieras establece una lista de las conductas que son consideradas por el legislador como punibles pues, como es evidente, cada una de las actividades financieras produce una serie de conductas reprobables que son propias de cada uno de los mercados o de las actividades que regula. Años de acumuladas legislaciones y reformas legislativas han producido un largo catálogo de delitos relativos a conductas muy particulares al grado que debe un estudioso preguntarse si tal detalle es necesario o si algunas definiciones generales serían más que suficientes. Dentro del ánimo del presente trabajo, se encuentran, por un lado, algunas conductas que son necesariamente reprobables por dañinas a la salud del sistema financiero y, por otro, una serie de delitos que se repiten de una a otra ley, de tal manera que permiten afirmar que existen también instituciones

penales en el sistema financiero mexicano. El propósito del presente capítulo es presentar esas instituciones penales.

1.- Especialidad de la materia.

La actividad financiera supone un interés público (es una actividad regulada por el Estado pues supone la captación del ahorro público, la inversión de los recursos financieros en actividades productivas y de consumo, así como la regulación monetaria y cambiaria) que debe ser protegido incluso penalmente.¹

Esta protección penal crea una especialidad del derecho penal: los delitos, o el derecho penal, del sistema financiero que forman parte de los llamados delitos económicos que lleva a crear capítulos penales en cada una de las legislaciones que regulan el sistema.²

El hecho de que las normas penales estén contenidas dentro de las leyes financieras, obedece a que se está cerca de las normas jurídicas y de los bienes jurídicos que se protegen, quizá si se pusieran en otro lado no tendrían una fácil comprensión.

El Derecho Penal Especial se complementa con el Derecho Penal Común para integrar la totalidad del Derecho Penal, y reúne en el ámbito de sus materias el conjunto de disposiciones represivas. No existen oposiciones ni independencias entre las ramas del derecho; la unidad o la diferenciación están dadas por las normas generales y por las normas específicas que requieren integrarse para su aplicación. La plenitud hermética del derecho se mantiene.

Al amparo de los principios de especialidad y supletoriedad, el artículo sexto del Código Penal Federal prevé que existan ilícitos previstos en una ley especial diversa al propio código y, en tal caso, ésta tendrá vigencia y validez, prevaleciendo sobre la general.³ Los principios generales y las técnicas específicas del derecho penal deben aplicar (*in dubio pro reo, nulla poena sine legge, nullum crimen sine legge*, irretroactividad, interpretación estricta, principio de legalidad, taxatividad, no analogía, proporcionalidad, *non bis in idem*, exigencia de acreditación de los elementos del delito: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad etc.)

La proliferación de las figuras punibles en los distintos cuerpos legislativos que integran el sistema financiero mexicano ha producido que las conductas que desean ser reprobadas se repiten en cada una de esas leyes, lo cual demuestra la firme intención de sancionarlas, pero como el legislador de ellos ha variado en el tiempo, se ha resuelto el tema con diferencias sensibles tanto en la descripción de la conducta punible como en las penalidades aplicables y en las referencias de ocasión. Si la dispersión de conductas punibles en diversas leyes es causa de conflictos y de impedimentos para una aplicación justa de la ley, en el sistema financiero el panorama es más confuso, una concentración que se derive de las instituciones comunes (propósito del presente) sería francamente deseable.

¹ González Quintanilla dice: "...la verdadera y fundamental protección del Estado por medio de las figuras penales bancarias, comprende ínsitivamente el resguardo y defensa del interés patrimonial primordialmente del público mexicana, constituido en depositante-ahorrador..." GONZÁLEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO. Ley de Instituciones de Crédito. Los Delitos Bancarios. Edición del autor. México 1998. Páginas 9 y 10.

² Raúl Plascencia lo explica así: "Es un interés individual o colectivo, de valor social, protegido por un tipo penal cuya existencia justifica" y cita a Miranda Gallino, Rafael para definir los delitos económicos: "La conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas, privadas o mixtas y que, como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad o provoca una situación de la que puede surgir este daño". PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. Los Delitos contra el Orden Económico. Editorial Porrúa México 1999. Pág. 63.

³ Artículo 6. Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

2. Competencia federal.

Los delitos previstos en la legislación del sistema financiero mexicano son materia federal por definición constitucional pues compete al Congreso de la Unión, como facultad expresa (artículo 73), el establecer los delitos y faltas contra la Federación, fijando los correspondientes castigos.⁴ Por su lado, el artículo 124 al disponer la existencia de dos esferas de competencia, delimita que los poderes federales sólo realicen las atribuciones expresamente otorgadas por la Constitución Federal y el artículo 104 dispone que los tribunales federales conozcan de las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. De tal suerte los delitos que afectan a la Federación y que se encuentran previstos en ordenamientos de competencia federal, como es el caso del sistema financiero mexicano, serán del conocimiento y competencia de la Federación.

3. Sujetos activos.

La actividad financiera supone conductas a cuidar por parte de los diversos jugadores en el sistema, por ello, los sujetos activos de los delitos financieros se pueden clasificar en cuatro categorías:

1.- Los clientes. Como tales debe entenderse a aquellas personas que celebran con el intermediario financiero alguna de las actividades u operaciones propias de éste. En el caso de ser personas morales, la responsabilidad recae en las personas físicas que actúan en su nombre y representación.

2.- Accionistas, consejeros, comisarios, auditores, empleados y funcionarios. En el léxico financiero se usa con tradición la expresión “funcionarios y empleados” aunque jurídicamente la diferencia entre uno y otro es escasa, por costumbre se llama “funcionario” a quien usa la firma de la institución, asimilándose a la teoría mercantil del factor, mientras que por “empleado” se entiende a un dependiente. Para efectos prácticos de este capítulo lo cierto es que la diferencia no resulta relevante pues en uno u otro caso se refiere a personas sujetas a una relación laboral con el intermediario y que como tales practican o llevan a cabo las operaciones que le son propias.

Por lo que toca a los funcionarios corporativos, es menester una enumeración (accionistas, consejeros, comisarios, auditores, etc.) que cada vez se va haciendo más prolija a paso y medida que las normas de gobierno corporativo se van enseñoreando en las instituciones del sistema financiero.

3.- Servidores públicos de las autoridades reguladoras del sistema.

4.- Terceros que entran en relación con una operación financiera (médicos en materia de seguros, valuadores, informáticos, etc.).

En algunas ocasiones el delito sólo puede ser cometido por alguna de las clases citadas o pueden darse en coparticipación. En ocasiones el hecho de pertenecer a alguna de esas clases produce un agravamiento de la pena.

4. Petición necesaria.

⁴ Artículo 73. El congreso tiene facultad:...XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales;

Los delitos contra el sistema financiero mexicano tienen como peculiaridad el requerir para su ejercicio una petición:⁵

- a) De la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debiendo haber recabado previamente la opinión de la Comisión supervisora según la materia de que se trate, (La Ley del Mercado de Valores establece algunos casos en los que la Comisión puede omitir su dictamen – LMV 388-).
- b) Del intermediario financiero afectado.
- c) De cualquiera que tenga un interés jurídico.

Lo anterior es válido para todos los intermediarios salvo los regulados por la Ley de Ahorro Popular en donde el texto es omiso (salvo por una posible interpretación que se pudiera hacer del artículo 136 inciso e).⁶

¿Deberá entenderse que se trata de una querrela? La doctrina discute con amplitud si ambos términos son sinónimos o no⁷. Al parecer el término querrela conlleva no sólo el pedir a la autoridad que actúe sino el manifestarse dolido por haber sido transgredido en la propia esfera jurídica. En el caso de la petición, ésta opera aún cuando quien la haga no tenga un interés estrictamente personal sino que por tratarse de una autoridad, su función es la de cuidar el bien jurídico protegido por la norma penal.

Sin embargo cuando este derecho de petición se extiende al intermediario financiero afectado, la sutileza de la diferencia desaparece haciendo sinónimos ambos términos para efectos prácticos.

Márquez Piñero al comentar estos temas discute de si se trata de un requisito de procedibilidad, de un requisito prejudicial o de un obstáculo procesal, para después discutir si el requisito de previa opinión de la Comisión supervisora aplica también cuando la petición la ejercen el intermediario afectado o quien tenga interés jurídico.⁸ En contra de la conclusión de dicho autor cabe decir que si el legislador ha dado el derecho de petición a un afectado (ya sea intermediario o cualquiera que tenga interés jurídico) es porque desea salvaguardar su situación jurídica sin someterlo a la burocracia de solicitar la opinión de la Comisión supervisora. Es muy distinto el que una petición se formule por quien ve afectados sus intereses que por la autoridad reguladora, las motivaciones de ésta deben de ser bien sopesadas y compartidas por la diversa gama de autoridades que ha creado el sistema financiero mexicano.

5. Delitos dolosos.

Si bien sólo en la Ley del Mercado de Valores se dice que los delitos contenidos en esa ley sólo serán tales cuando se cometan dolosamente (LMV 388), en muchas de las conductas se incluye la expresión “a sabiendas”. La verdad es que la naturaleza de las conductas tipificadas, los sujetos activos y las referencias de ocasión sólo se explican cometidas con dolo.

6. Referencias de ocasión.

⁵ LIC 115, LMV 388, LOAAC 95, LGISMS 140, LFIF 112, LSAR 108.

⁶ Artículo 139.- “Serán sancionados los servidores públicos de la Comisión con la pena establecida para los delitos correspondientes más una mitad, según se trate de los delitos previstos en el presente Capítulo, que: ... e) Inciten u ordenen no presentar la petición correspondiente, a quien esté facultado para ello.”

⁷ Véase MONTAÑO SALAZAR, ALEJANDRO. Delitos Financieros en México, Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 2002, página 324 y siguientes.

⁸ MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL Delitos Bancarios. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997. Páginas 122 y siguientes.

Se entiende por tales, aquellas circunstancias peculiares de los sujetos que intervienen o de la materia con la cual se comete el delito.

Los delitos en el sistema financiero mexicano deben, por necesidad, abundar en tales referencias ya que de ellas se desprende que la conducta sea lesiva de un bien jurídico y agresiva a la sociedad. Lo que justifica que se haga un capítulo penal especial en las leyes financieras son precisamente estas referencias que le dan singularidad a los tipos penales y son, asimismo la razón, en varias circunstancias, de agravamiento de la penalidad.

Entre tales referencias de ocasión se encuentran las relativas a los sujetos activos que deberán ser consejeros, accionistas, directivos o empleados de un intermediario financiero pues de todos ellos se espera una conducta recta a fin de que la institución en la que laboran desempeñe la función social y económica que cubre; o bien funcionario o empleado de las autoridades reguladoras, prestador de algún tipo de servicios a los intermediarios (valuadores, manejo de sistemas, etc.) o, simplemente, el ser cliente del sistema financiero mexicano.

Otras incluyen las operaciones típicas del sistema financiero, es decir que la conducta ilícita se comete con o alrededor de una operación de intermediación. Otras más refieren a la información de los intermediarios y de las operaciones.

7. Penalidades.

El legislador ha sido inconsistente, para las mismas conductas ha definido penalidades diversas según se trate de una de las leyes o de otra, seguramente el hecho de haberse hecho las normas en diversas épocas produjo que el legislador en turno decidiera distinto en cuanto a las penalidades. También es posible el creer que el legislador haya meditado en cada ocasión las penalidades y haya arribado a esas conclusiones. Una buena solución ha sido en algunas de estas normativas el medir y graduar la pena en función del monto económico involucrado en la conducta. En todo caso, vistas las cosas en forma global, es de desearse que una revisión cuidadosa lleve a decisiones que den congruencia al tratamiento penal en el sistema financiero mexicano.

8. Compatibilidad con otras figuras penales.

Tanto en la materia de instituciones de crédito (LIC 115) como en materia de ahorro para el retiro (LSAR 108) se dispone que lo dispuesto en los artículos citados en el capítulo penal, no excluye la imposición de las sanciones que conforme a otras leyes fueren aplicables, por la comisión de otro u otros delitos, lo cual detona las consideraciones de los concursos.

9. Prescripción.

Prácticamente en todos los delitos el plazo de prescripción suele ser de tres años a partir de que las autoridades que deben hacer la petición conocen de la conducta, o en todo caso de cinco años a partir de cometido.⁹

10. Delitos de resultado.

La mayor parte de los delitos del sistema financiero lo son de resultado, se requiere que se cause un daño. Tradicionalmente se llamó a tal resultado “quebranto” pero las dificultades de definir el quebranto, por la implicación contable que tal concepto tiene, ha hecho que el

⁹ LIC 116 bis, LMV 388, LOAAC 101 bis 1, LGSIMS 146 bis, LFF 112 bis 8

legislador varíe e incluya, además del término “quebranto”, el término “perjuicio patrimonial” mucho más extenso y más fácil de probar.

11. Conductas típicas.

Se presentan a continuación aquellas conductas que en forma generalizada son consideradas por las leyes del sistema financiero como punibles.

11. 1.- Practicar operaciones propias de un intermediario sin autorización.¹⁰

Con este ilícito se pretende evitar que las actividades de intermediación salgan de la esfera del sistema de rectoría del Estado pues la realización de las operaciones propias y exclusivas de una institución intermediaria sin contar con la autorización de las autoridades correspondientes distorsiona todo el esquema del sistema financiero y deja a esos intermediarios espurios sin la vigilancia y supervisión de las autoridades con el consecuente perjuicio posible a los clientes que usen esos servicios y constituyendo una amenaza a la confianza del público en general. Se trata de garantizar el sano desarrollo de la intermediación financiera.

El tipo en algunos intermediarios incluye la expresión “habitualmente”, en otros simplemente refieren a la actividad en plural (“lleven a cabo operaciones”) lo cual indica que la conducta que se desea sancionar no es una operación aislada sino institucionalizada por parte de quien la practica.

Las penas no están estandarizadas: para unos intermediarios se fijan de 5 a 15 años de prisión mientras que para otros de 3 a 15 o de 2 a 10. En materia de multa las diferencias son más significativas. Siendo la conducta la misma debería dejarse una pena uniforme para la conducta y amplia de modo que el juez pueda aplicar la pena que corresponda tomando en cuenta las circunstancias (no es igual hacer colocaciones multimillonarias de valores en el público inversionista a captar ahorros reducidos de una pequeña comunidad)

Si la conducta es desplegada por persona moral, los sujetos activos serán los consejeros, administradores o funcionarios de ésta

11. 2.- Lavado de dinero.

En realidad esta conducta no es ofensiva en sí de ninguna norma social, lo que se persigue con este delito es la conducta a través de la cual se esconde un recurso habido por la práctica de otras conductas delictivas. Este delito no está identificado en las leyes financieras sino en el Código Penal Federal.

Sin embargo es evidente que los intermediarios financieros son un vehículo obvio para que en su seno se intente blanquear recursos provenientes de delitos. Alrededor de esta figura delictiva las leyes financieras han creado una serie de obligaciones administrativas a fin de prevenir la comisión del delito y, en su caso perseguir a los delincuentes.¹¹ La práctica y los acuerdos a nivel internacional han marcado los caminos que se siguen en México en la regulación de estas prácticas.

Las obligaciones reguladas en las leyes financieras llevan a las instituciones financieras a convertirse en policía para la prevención y detección de actos que puedan ser comisivos del delito tipificado en el artículo 139 del Código Penal

¹⁰ LIC 111, LMV 373,374, 385, LOAAC 101, LGISMS 141, LFIF 112 bis, LAP 138, LSAR 103

¹¹ LIC 115, LMV 212, LOAAC 95 y 95 bis, LGISMS 140, LFIF 112, LAP 124, LSAR 108 bis

Federal, pues deberán presentar una serie de reportes a las autoridades financieras de dichos actos, especialmente cuando en su aparición hayan intervenido consejeros, directivos, funcionarios o empleados de la institución.

Los actos a reportarse deben tomar en cuenta el monto, la frecuencia y la naturaleza de los mismos relacionados con las sanas prácticas financieras.

Otras medidas van destinadas a que las instituciones financieras identifiquen y tengan un claro conocimiento de los clientes que acuden a celebrar operaciones con ellas (política conocida como KYC, del inglés *know your customer*, “conozca a su cliente”), o bien giran en torno a capacitación del personal y a conservación de información y a su revelación hacia las autoridades financieras.

La violación de tales normas puede acarrear una serie de sanciones administrativas sin perjuicio de la aplicación de las normas del Código Penal Federal.

Sobre esta conducta hay que decir que es el fruto de un movimiento mundial (las normas existentes en México son congruentes con las que existen en todo el mundo) que tiende a perseguir los delincuentes del narcotráfico, de la corrupción o de la evasión de impuestos para golpear a los delincuentes en donde más les duele: su dinero.

11. 3.- Engaño para celebrar una operación.

Con alguna complejidad las leyes financieras sancionan como delito la conducta consistente en que un cliente proporcione a la institución datos falsos sobre su solvencia, o presente avalúos falsos con el propósito de colocarse en la situación de poder celebrar las operaciones propias de la institución. Se incluye el caso de utilizar los recursos obtenidos para un fin distinto del que se pactó con la institución para el cliente y permitir ello para los funcionarios y empleados de la institución.¹²

La conducta es un engaño doloso y de resultado pues requiere ordinariamente que se produzca un perjuicio patrimonial a la institución.

11. 4.- Autorización indebida de una operación.

Una conducta que se desprende de la comentada en el párrafo anterior y que surge principalmente alrededor de la concesión de crédito, es la que refiere a funcionarios de una institución que autorizan la celebración de una operación con un cliente sin apearse a las sanas normas técnicas que rodean a la operación en cuestión. En el caso peculiar del Mercado de Valores, las operaciones deben ser ilícitas o prohibidas.¹³

Entre estas conductas se abre un abanico de posibilidades: Conceder crédito a sabiendas de los datos o avalúos falsos; autorizar operaciones a sabiendas que producirán un perjuicio; otorgar créditos a sociedades que no han integrado su capital; operar con notoriamente insolventes; que permitan desviar el destino pactado de los recursos que llegan a los clientes, etc.

Se trata de conductas dolosas pues suponen un conocimiento de que se está haciendo algo indebido y de resultado pues debe producirse el perjuicio patrimonial a la institución.

¹² LIC 112, LOAAC 97,98, LGISMS 145,146, LFIF 112 bis 3, 112bis 4, 112 bis 6, LAP 134.

¹³ LIC112,113 , LMV 375, LOAAC 97, 98, LGISMS 145,146, LFIF 112 bis 2, 112 bis3, 112 bis 6, LAP 134, 135.

11. 5.- Delitos de servidores públicos de las autoridades reguladoras.

En una actividad regulada siempre hay un despliegue de conductas de parte de las personas que forman parte del cuerpo gubernamental que ejerce la regulación, por ello es también posible el que puedan darse conductas impropias que deben ser atendidas por la norma penal.

En este capítulo se concentran fundamentalmente dos conductas:

La primera es la ocultación de hechos probablemente delictuosos¹⁴, consistente tanto en ocultar a los superiores hechos posiblemente delictuosos que han venido a tomar conocimiento en el desempeño de su función como el permitir a funcionarios de una institución alterar registros o, peor aún, recibir beneficios a cambio de abstenerse de denunciar a superiores y, por último, ordenar o incitar a inferiores a alterar informes o a no presentar petición.

La segunda es el solicitar una remuneración por hacer o dejar de hacer lo debido¹⁵ Incluye como sujeto activo a consejeros, funcionarios o empleados de las instituciones que ofrezcan la remuneración.

Curiosamente, estas conductas no están incluidas en la Ley del Mercado de Valores.

11. 6.- Recibir beneficios por la celebración de una operación.¹⁶

Refiere a consejeros, empleados o funcionarios de una institución que reciban de los clientes beneficios por la celebración de una operación típica de su función. Esta es un conducta que sucede con frecuencia en el mundo financiero, el problema para perseguirlas es que el cliente de la institución es coparticipe en la comisión del delito pues o bien él es quien ha tomado la iniciativa de ofrecer los beneficios, o bien es la víctima de una coerción por parte del empleado que el exige los beneficios a cambio de autorizarle una operación y, en ambos casos, será difícil el obtener la prueba correspondiente.

11. 7.- Manipulación de instrumentos de pago.¹⁷

Como un resultado de la creación de medios informáticos que van sustituyendo a los tradicionales medios de pago y la consecuente aparición de conductas reprobables alrededor de ella, se tipifican en la Ley de Instituciones de Crédito cuatro figuras específicas, las dos primeras refieren a la elaboración, posesión y uso de instrumentos de pago falsos, la tercera a la alteración del medio de identificación electrónica (firma electrónica avanzada, pin, o cualquiera similar) y la cuarta en realidad debe listarse con los delitos por mal uso de información pues refiere a la obtención o uso de información sin autorización.

Estos no son delitos de resultado, es decir, no se requiere que el banco resienta un perjuicio patrimonial. Desde luego deben ser delitos dolosos pues requieren la conciencia de la falsedad y la carencia de autorización correspondiente.

Hay un agravamiento cuando estos delitos son cometidos por consejeros, empleados y funcionarios.

11. 8.- Disposición o uso indebido de valores o bienes de la clientela.¹⁸

¹⁴ LIC 113 bis 2, LOAAC 101 bis, LGISMS 147 bis 1, LFIF 112 bis 7, LAP 139, LSAR 107 bis.

¹⁵ LIC 113 bis 3, LOAAC 101 bis 2, LGISMS 147 bis 2, LFIF 112 bis 9, LAP 139, LSAR 107 bis 1.

¹⁶ LIC 114, LOAAC 99, LGISMS 144, LFIF 112 bis 5, LAP 136.

¹⁷ LIC 112 bis.

La función financiera tiene como gran denominador común el ser una operación de confianza, el cliente deposita toda su confianza en la institución con la que opera. En el momento que el sistema financiero pierde la confianza de la clientela, el sistema entero, y el país, se colapsan.

En esta confianza radica la razón de muchas de las medidas de control y de supervisión de las autoridades financieras, pues éstas son responsables de que el sistema funcione sin tropiezos y que se gane la credibilidad del público.

Por ello el que haya funcionarios, empleados o directivos que utilicen los recursos que tienen un destino, para otro, aunque no sea nocivo, el sólo hecho de desviar del fin acordado resulta ilícito, e incluso tan sólo el tolerarlo a sabiendas, supone una conducta reprobable.

En algunos intermediarios la penalidad se agrava si el que lo comete es precisamente alguien interno de la institución, en otros, sólo éstos pueden ser sujetos activos.¹⁹

11. 9.- Mal uso de la información.²⁰

El tema de la información es especialmente delicado hoy en día en que vivimos la “sociedad de la información”, a que se refiere Alvin Toffler en sus obras “El Shock del Futuro” y “La Tercera Ola”, especialmente cuando el mismo dinero se ha convertido hoy en tan solo un dato informático y cuando tener poder es sinónimo a tener y manejar información. No hay que olvidar que el manejo de la información financiera es una de esas esferas normalmente reservadas y protegidas por el derecho a la intimidad y confidencialidad (Las normas de secreto financiero son abundantes).

Por ello las conductas que consistan en manipular, desviar, ocultar, comunicar (revelar, difundir, falsear) indebidamente, o usar para fines diversos todo tipo de información, incluso y especialmente la que es privilegiada o confidencial, deben ser materia de una sanción severa.

Las leyes financieras así lo han comprendido y han regulado penalmente el tema de forma prolija. En unos casos los sujetos activos se enumeran con detalle, en otros es genérico, se incluyen empleados, funcionarios, consejeros, miembros de comité de vigilancia, servidores públicos de las autoridades reguladoras, etc.

El común denominador para el sujeto activo debe ser todo aquel que tenga acceso a información en virtud del puesto o función que desempeñan.

La información puede ser falsa o verdadera. El manejo de la información verdadera debe hacerse dentro de los límites de la intención que tiene esa información, lo cual es especialmente trascendente en el caso de la información privilegiada o confidencial en cuyos casos será parte de las circunstancias del delito el no contar con la autorización para su uso (obviamente no para su distorsión).

El caso de la información falsa (o para todos los efectos, parcialmente cierta) es igualmente grave pues puede inducir a los beneficiarios de la misma a tomar decisiones y conductas erróneas o nocivas.

¹⁸ LIC 113 bis, LMV 375, LOAAC 100 F I, II, LGISMS 147, LFIF 112 bis 2, F, II, LAP 133, LAP 133, LSAR 104.

¹⁹ Jesús Zamora Pierce analiza este delito típico especial en su obra: Transferencia ilícita de recursos depositados en bancos, a cuya lectura remitimos al lector.

²⁰ LIC 112 bis y 134 bis 4, LMV 377, 380,381,383, LAP 133, LSAR 106, 107

En unos casos la conducta basta para tipificar el delito, en otros requiere resultado: daños y perjuicios u obtener lucro o evitar una pérdida (caso del mercado de valores).

En este grupo se pueden incluir los tipos relacionados con el manejo de sistemas automatizados que de hecho ya tienen una punibilidad en el Código Penal Federal.

11. 10.- Mal manejo de la contabilidad.²¹

En el fondo no se trata sino de un mal manejo de información, pero requiere un tratamiento especial en virtud de la enorme relevancia que tiene la contabilidad en la salud de las empresas y específicamente en el caso de los intermediarios financieros en los que la información numérica tiene una trascendencia toral.

Este delito requiere una conducta dolosa.

La conducta refiere a los registros contables de la intermediaria e incluye: omitir u ordenar el registro, registrar datos falsos, alterarla para que no refleje la verdadera composición de activos o pasivos y dar datos falsos a las Comisiones supervisoras.

11. 11.- Operaciones con partes relacionadas.²²

En algunas leyes se convierte en delito la prohibición de celebrar operaciones con las partes llamadas “relacionadas” (consejeros, accionistas, empleados, etc. de la propia institución o de la controladora de la que la institución forma parte) Lo que aquí se protege es la sana operación de las instituciones pues cuando un intermediario dedica una parte significativa de sus recursos a operaciones con sus consejeros, accionistas, directivos, etc. corre enormes riesgos de poner en conflicto la salud de las decisiones con riesgo para el resto de la clientela y, en último término, de la institución y del sistema financiero en general.

El mal uso de las operaciones relacionadas es una conducta que debe ser sancionada pues es el resultado de actuar con dolo.

11. 12.- Conductas misceláneas.²³

Las distintas leyes siguen con su tendencia prolija; enumeran una serie de conductas constreñidas a detalles específicos de sus operaciones, por ejemplo, en materia de almacenadoras hay delitos específicos para bodegueros que dispongan de los bienes depositados o que den datos falsos respecto de las mercancías depositadas, o bien, en materia de fianzas, disposición indebida o mal manejo de la información, en el caso de operaciones con seguros hay una serie de conductas punibles para médicos que participen sin probidad en los dictámenes que emiten; en el Mercado de Valores hay tipos relativos a manipulación de mercados, a pagos de contraprestaciones “por fuera” y a funcionarios que siguen operando a pesar de haber sido inhabilitados.

En el fondo algunas de esas conductas pueden encajar en tipos genéricos arriba comentados o legislados en el Código Penal y, para los efectos del presente estudio, no aportan nada novedoso a lo que es la institución penal básica.

²¹ LIC 113, LMV 376, , 386, LOAAAC 97, LGISM 143,146,147, LFF 112 bis 6, LAP 134, LSAR 105

²² LMV 375 segundo párrafo, LOAAC 96, LFF 112 bis 2 Frac V.

²³ LIC 113 bis 1, LMV 379, 382, LOAAC 99 bis, LGSIMS 147 bis

12. Delitos Graves.

De los delitos comprendidos en las legislaciones financieras, sólo algunos han sido declarados como graves, de acuerdo a la práctica mexicana de dar tal calificativa a los delitos que por su trascendencia social producen que los indiciados no gocen de los beneficios que tienen otros delincuentes (libertad bajo fianza, etc.)

Las conductas que son así calificadas usualmente refieren a las conductas relacionadas con operar sin autorización, realización fraudulenta de créditos con perjuicio a la institución, disposición o distracción de recursos de los clientes y otras.²⁴

Sin embargo, aún cuando se observa una cierta consistencia, hay casos en que una conducta es considerada grave en un intermediario y no lo es en otro. Esto sucede especialmente porque al reformarse en 2006 la Ley del Mercado de Valores no se modificó el Código Federal de Procedimientos Penales de suerte que alguna de las conductas punidas por aquélla fuesen consideradas como graves.

De nuevo es necesario recomendar que, conforme el espíritu de encontrar instituciones unificadoras del sistema financiero, se pudiese hacer una revisión de las conductas punidas y dar el calificativo de graves en forma consistente en toda la operación del sistema.

13. Política criminal.

En esta materia es deseable la construcción de una política criminal congruente y consistente, esto es, siguiendo a Heinz Zipff, la “obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal” como “consecución de determinado modelo de regulación en este campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental político criminal), su configuración y realización prácticas en virtud de la función y su constante revisión en mira las posibilidades de mejora (idealización de la concepción político criminal en particular).”²⁵

Esa política criminal debe construirse a partir de la percepción de que se está frente a delitos económicos en los que el bien jurídico-penal es un interés social supraindividual que se combina, o puede combinarse, con intereses patrimoniales particulares.²⁶ Hay quien ha dicho que en esta materia todos los delitos son fraudes más “algo”. Ese algo es el interés

²⁴ Código Federal de Procedimientos Penales, **Artículo 194.-** *Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante los valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes: ... VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;*

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; -(Nota: Esta Ley ha sido derogada por la nueva Ley del Mercado de Valores de 2006)

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

²⁵ ZIPF, HEINZ. Introducción a la Política Criminal. páginas 3 y 4

²⁶ Véase RIGHI, ESTEBAN. Los Delitos Económicos. Ad Hoc S de R L. Villela editor. Buenos Aires, 2000.

colectivo que subyace en toda la actividad financiera, el interés de la colectividad y del Estado en que la intermediación opere en un marco de seguridad para la promoción de la actividad económica nacional.²⁷

La presencia de ese interés supraindividual es la que explica las decisiones a tomar en materia de penalidades, así como el hecho de que las figuras sean tratadas en códigos separados. Esto es lo mismo que sucede en todo tipo de materias en donde hay un bien de interés y protección como son los casos de leyes de competencia económica, leyes concursales, leyes fiscales, incluso leyes ecológicas. Sin embargo, el bien jurídico protegido puede seguir existiendo dentro de un esquema de congruencia de toda la materia penal.

14. Infracciones y Sanciones.

Facultad derivada del imperio propio de una autoridad y de las facultades de supervisión, inspección y vigilancia es la posibilidad de aplicar sanciones. “*Las sanciones...constituyen actos administrativos por medio de los cuales la autoridad administrativa ejercita coacción sobre los particulares que se niegan a obedecer voluntariamente los mandatos de la ley o las órdenes de la referida autoridad*”²⁸ Así, la legislación del sistema financiero mexicano contiene, casi sistemáticamente un capítulo dedicado a la facultad sancionadora de las autoridades del Sistema.²⁹

La sanción administrativa difiere de la actividad de castigo a los delitos en que el bien jurídico protegido es diverso, es un medio del Ejecutivo para hacer cumplir las leyes y lograr que la actividad del particular se ajuste a dicha normatividad. Incluso la doctrina ha oscilado entre reconocer la facultad sancionadora de la Administración como una rama independiente del Derecho (la llaman Derecho Penal Administrativo) y considerarla como una rama del propio Derecho Penal. Bielsa, citado por Serra Rojas dice: “Es necesario convenir en la ausencia de un criterio definidor de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo”³⁰, sin embargo la universalidad de la doctrina y la práctica misma, reconoce en todo el mundo la facultad de la Administración de sancionar los incumplimientos de la normatividad que le atañe, aunque sea basada simplemente en el hecho de que una norma sin sanción sería imperfecta y haría imposible su operatividad.

Una vieja discusión que ha sido ganada por la práctica y la jurisprudencia establece que la autoridad administrativa carece constitucionalmente de facultades para la imposición de penas (artículo 21 constitucional “*La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.*”) Sin embargo la Corte ha resuelto que la

²⁷ “La delimitación de un criterio material para definir un delito económico, necesariamente gira en torno al concepto de bien jurídico-penal, entendido como un interés social protegido por la norma.” RIGHI, ESTEBAN. Los Delitos Económicos. Ad Hoc S de R L. Vilella editor. Buenos Aires, 2000. Página 95.

²⁸ FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo. Novena Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1962, página 280

²⁹ LPRAF: 35; LIC: 107 a 110; LMV: 391 a 395; LOAC: 88 a 94; LGISMS: 138 a 139 bis; LFIF: 110 a 111; LACP:125 a 132; LSI: 84 a 87; LSP: 22 a 30; LPTOSF: 17 a 21; LPRSIC: 52 a 57; LBM: 27, 29,32,33 y 37;LPDUSF: 93 a 108.

³⁰ SERRA ROJAS, ANDRÉS. Derecho Administrativo. Segundo Curso. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 2000, página 618.

limitación citada no es aplicable a las infracciones administrativas a leyes emanadas del Congreso.³¹

La generación de las leyes del sistema en diversas épocas ha producido algunas variantes del mismo, sin embargo los denominadores comunes que muestran una Institución son sólidos. El esquema genérico de imposición de sanciones es el siguiente:

14.1 Conductas sancionadas.

Violación o incumplimiento de la Ley y de las disposiciones que emanen de ellas. En algunas entidades se extiende la posibilidad de sancionar a conductas de inobservancia o contravención a otras normas aplicables a la entidad, como sería el caso de normas de la banca central o del sistema de ahorro para el retiro.

Usualmente existe una sanción genérica para cualquier incumplimiento e inobservancia que no tenga trato específico y luego un largo catálogo de conductas punidas normalmente referidas a violaciones específicas de normas de la Ley o de sus Reglas o Disposiciones de Carácter General.

Las conductas sancionadas lo son con independencia de que las mismas puedan ser consideradas como comisivas de delitos o sujetas a otro tipo de sanciones.

Las circunstancias específicas del comisor, la clase de entidad de que se trate y las peculiaridades de su comisión deberán ser tomadas en cuentas para la aplicación de la sanción.

14.2 Autoridad Sancionadora.

Corresponde a las autoridades que desempeñan las labores de supervisión, normalmente las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, De Seguros y Fianzas y del Sistema de Ahorro para el Retiro. El Banco de México aplica sanciones en los casos de su propia ley, del Sistema de Pagos y de los buroes de crédito (sociedades de información crediticia). La CONDUSEF lo hace en los casos que le corresponden conforme a su ley. En el caso de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (LPTOSF) la Procuraduría Federal del Consumidor podrá aplicar sanciones a los participantes en las conductas que no sean parte del Sistema Financiero.

Es la Junta de Gobierno la encargada de aplicar las sanciones aunque en algunas entidades las facultades pueden ser delegadas a alguno de los funcionarios o unidades estructurales. Esta reasignación produce en algunos casos algunas variantes en el procedimiento de aplicación de la sanción y en el de su impugnación.

En el sistema de ahorro popular las Federaciones tienen facultad de sancionar a las entidades afiliadas.

³¹ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Junio de 1997 Tesis: P. XCII/97
Página: 142 Materia: Administrativa, Constitucional
CLAUSURA PREVISTA COMO SANCIÓN POR INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS A LEYES. NO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 21, limita las sanciones que se impongan por infracción a los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente pueden consistir en multa o arresto; sin embargo, esa limitación no es aplicable tratándose de infracciones administrativas a leyes emanadas del Congreso de la Unión, puesto que son ordenamientos legales de naturaleza jurídica diferente.

Amparo en revisión 164/95. Inmobiliaria del Sur, S. A. de C. V. 15 de abril de 1997. Mayoría de diez votos. Disidente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Rosa María Galván Zárate. Amparo en revisión 1103/94. Organización Dulcera de Acapulco, S. A. de C. V. 15 de abril de 1997. Mayoría de diez votos. Disidente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de junio en curso, aprobó, con el número XCII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de junio de mil novecientos noventa y siete.

14.3 Naturaleza de las sanciones.

Lo común es la aplicación de multas medidas en días de salarios mínimos del Distrito Federal o en un porcentaje del capital pagado más reservas de la institución. En algunos casos, sobre todo en el mercado de valores, la sanción se mide por múltiplos del daño causado o del beneficio obtenido por una conducta ilícita. Es también procedente en algunos casos la amonestación. La clausura de empresas que operan sin autorización es también una medida sancionatoria.

Son también formas de sanción la remoción, la suspensión y la inhabilitación para desempeñar un empleo, cargo o comisión en las entidades financieras o en las emisoras, así como la destitución en caso de servidores públicos infractores.

También se impone como parte de la sanción en algunas ocasiones el que se haga del conocimiento del Consejo de Administración de la entidad sancionada con el propósito de que éste conozca el tema y ejerza, si es el caso, las facultades que le correspondan en exigir la responsabilidad de los funcionarios o empleados que propiciaron la sanción.

La no inscripción de acciones adquiridas en contravención a la ley, o incluso la pérdida de las participaciones accionarias suelen ser en algunos casos, sanciones a infracciones.

En algunos casos se pide el que se haga conocer al público en general la aplicación de las sanciones a fin de fomentar una buena práctica financiera.

Puede haber casos de agravación de la sanción, normalmente la reincidencia o la contumacia, así como algunos casos de atenuantes.

El Banco de México puede llegar a aplicar como sanción la suspensión temporal de las operaciones con divisas, oro y plata de las entidades o bien de las otras operaciones que realiza con los intermediarios.

Por supuesto aunque es una figura que se trata por separado, la revocación de la autorización, o concesión en su caso, para seguir operando es una de las consecuencias administrativas de incumplimiento o inobservancia de normas cuando éste es o muy grave o reiterado.

14.4 Sujetos de una sanción.

En principio lo son las entidades intermediarias del Sistema Financiero aunque en muchas ocasiones son sujetos de sanciones también los accionistas, partes relacionadas, integrantes del consejo de administración o de los órganos de gobierno corporativo, el Director General, los directivos, funcionarios y empleados de la institución. Terceros ajenos pueden quedar incluidos si participan en las conductas sancionables e incluso Notarios, Registradores o Corredores Públicos.

14.5 Procedimiento.

Los procedimientos presentan algunas variables, en el caso del mercado de valores la descripción y la atención a detalles es más prolija, pero fundamentalmente consta de una iniciativa de la autoridad sancionadora con audiencia del posible sancionado y la notificación de la sanción.

Existe un recurso de revisión, de carácter normalmente obligatorio (aunque existen excepciones como el caso de sanciones de la CONDUSEF) antes de acudir a otros medios

de defensa, que se agota ante la misma autoridad que impuso la sanción, describiendo el acto impugnado, expresando agravios y ofreciendo pruebas.

La ejecución puede hacerse por cargo a las cuentas que el Banco Central llevan a los intermediarios o a través de la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Como requisito evidente la autoridad sancionadora deberá fundar y motivar su decisión.

Conclusión

En búsqueda de la unificación de la legislación penal de todos los Estados de la República, Don Gerardo Laveaga, Director General del Instituto Nacional de Ciencias Penales ha dicho en un artículo: “Resulta ingenuo aspirar a la consolidación de nuestro Estado de Derecho mientras subsistan tantos códigos tan diferentes, reflejo de las divisiones que aún lastiman a nuestro país, para beneficio de muy pocas personas”³² Podríamos aplicar esta idea, *mutatis mutandi*, a lo que sucede en la legislación financiera, la proliferación de normas penales en los distintos cuerpos legislativos, fruto de épocas e intereses diversos provoca que se haga nugatorio el propósito de tales normas: prevenir que se den conductas fuera del sano desempeño del sistema financiero mexicano y perseguir y castigar a quienes abusan y distorsionan su operatividad en beneficio de la comunidad. Convendrá tener bien precisas las conductas que agredan a los bienes jurídicos protegidos por la legislación financiera, que no tengan ya un trato en el código penal y producir una legislación sencilla y clara en ese sentido.

Las facultades sancionadoras de las autoridades del sistema financiero muestran un patrón consistente en cuanto a las conductas a sancionar, la autoridad sancionadora, los sujetos de la sanción, las medidas usadas y el procedimiento de aplicación.

³² Artículo motivado por la disertación del Procurador General de la República durante el Encuentro entre Presidentes de Tribunales Superiores y Procuradores Generales de Justicia en agosto de 2003.

CAPÍTULO 12

OTRAS INSTITUCIONES CORPORATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

CONTENIDO.

- 1 Interés público.
 - 2 Objetivo perseguido por las leyes.
 - 3 Legislación supletoria.
 - 4 Interpretación administrativa de la Ley.
 - 5 Autorizaciones. Otorgamiento y revocación.
 - 6 Plazos para trámites con las autoridades y negativa ficta.
 - 7 Acreditada solvencia.
 - 8 Inversión de capital pagado y reservas.
 - 9 El sistema de entidades filiales del exterior.
 - 9.1.- Extranjerización Paulatina.
 - 9.2.- El sistema de entidades filiales del exterior.
 - 9.3.- Oficinas de representación o sucursales de entidades financieras del exterior.
 - 10 Emisión de obligaciones subordinadas.
 - 11 Manejo de la contabilidad y conservación de información.
 - 12 Relaciones Laborales.
- Conclusión.
-

En el capítulo sexto han quedado analizadas las principales instituciones que refieren a la estructura corporativa de las entidades que realizan intermediación financiera.

Existen, adicionalmente, a lo largo de la legislación del sistema financiero una gran cantidad de tópicos en los que todas ellas se pronuncian en forma consistente demostrando que hay un interés peculiar de crear una institución sobre el tema. Como son pequeños temas, aunque no por ello sin importancia, se agrupan en este capítulo tales temas que forman una especie de “miscelánea de instituciones”.

La miscelánea de materias que se aborda en el presente capítulo no ha sido materia de desarrollos doctrinales por lo que poca referencia bibliográfica se puede aportar. El método de trabajo ha sido el seleccionar el tema y observar su tratamiento en las distintas legislaciones de los intermediarios del sistema.

En este capítulo se han tomado como leyes a investigar para descubrir y enunciar las instituciones existentes las normatividades relativas a la operación del sistema financiero fundamentalmente: Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Mercado de Valores, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley Federal de Fianzas, Ley del Ahorro y Crédito Popular, Ley de Sociedades de Inversiones y la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

Es de esperarse que se pueda desarrollar a partir de aquí estudios diversos que cubran aspectos jurídicos, económicos y financieros sobre cada una de las instituciones que resultan.

1.- Interés público.

Prácticamente todas las leyes del sistema financiero son autoproclamadas como de interés público, algunas de ellas sólo constriñen la disposición de ser de interés público a algunas normas específicas (la LRAF lo dice del convenio intergrupal; la LIC lo dice de las

medidas tomadas en los procesos de resoluciones bancarias), pero el contexto general es definir que el sistema financiero mexicano es de interés público.¹

La mención varía: “orden público”, “interés social”, “interés público” y algunas combinaciones entre tales expresiones. En el fondo lo que refiere es que las normas de esas leyes no son renunciables por los intereses particulares de quienes participan en los supuestos regulados por la norma y deben de ser de aplicación obligatoria independientemente de la voluntad de los regulados.²

2.- Objetivo perseguido por las leyes.

En un esfuerzo de claridad, prácticamente de interpretación auténtica, la mayor parte de las leyes del sistema financiero contienen una definición de cuál es el objetivo que la ley persigue.³

Los comunes denominadores, que presentados así no son sino la declaración de cuál es el objetivo de toda la legislación del sistema financiero, son los siguientes:

- Regular el funcionamiento de la operación de la intermediación financiera a través de las actividades propias de los intermediarios.
- Regular a las entidades participantes.
- Proteger los intereses del público.
- Regular la actividad de las autoridades financieras que supervisan el sistema.
- Procurar un sano y equilibrado desarrollo del sistema.
- Fomentar una sana competencia.
- Regular el mercado, minimizar el riesgo sistémico.

3.- Legislación supletoria

En innumerables casos la legislación presenta lagunas pues, ante la imposibilidad y la inconveniencia de ser exhaustivamente casuística, existen casos no previstos por el legislador que no pueden ser resueltos mediante la aplicación de los preceptos legales aplicables directamente, para ello hay que recurrir a la supletoriedad, a la aplicación de la norma supletoria.

*“La supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la Ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integren con principios generales contenidos en otras leyes...la supletoriedad en la Legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializado en relación a leyes de contenido general... El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, una integración y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fija los principios aplicables a la regulación de la ley suplida...”*⁴

¹ LRAF – 28 bis; LIC – 149; LMV – 1; LGOAAC – 64; LGISMS – 1; LFF – 1; LACP 1; LSI – 1; LSAR – 1; LPAB – 1; LPDUSEF – 3; LSP -1; LTFCCG – 1.

² En la obra del autor: “La Competencia Federal en Materia de Concurso Mercantil” se analiza el concepto y se concluye: “Por Interés Público, o las diversas acepciones que se usan como sinónimos, debe entenderse la calificativa que se pone a una materia, ley, institución o circunstancia que refiere a un valor, que es conocido como tal por una colectividad a la que pertenece y que lo desea y que el Estado reconoce, establece y protege.” MÉJAN, LUIS MANUEL C. La Competencia Federal en Materia de Concurso Mercantil. Primera reimpresión, Consejo de la Judicatura Federal. México 2004. Página 97.

³ LRAF – 2; LIC – 1; LMV – 1; LGOAAC – 1; LGISMS – 1; LFF -1; LACP -1; LSI -1; LSAR – 1

⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Décima Primera edición. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998, páginas 1979 a 1981.

En materia del sistema financiero mexicano el primer paso en la creación de un régimen de normatividad supletoria se da mediante una mutua retroalimentación de leyes: la LIC refiere a la Ley Orgánica del Banco de México; la LSI invoca la Ley del Mercado de Valores y la LACP invoca la Ley General de Sociedades Cooperativas. Esto significa que las leyes del sistema financiero son un todo y sus normas tienen igual jerarquía para regular el fenómeno intermediación.

Mientras que la Ley del Sistemas de Ahorro para el Retiro hace referencia sólo a una supletoriedad para efectos procesales: notificaciones, recursos y ejecución de sanciones, en general los cuerpos legales son consistentes en referir a la legislación mercantil como el primer paso en la escala de normas supletorias. Esta es una circunstancia totalmente normal puesto que la actividad financiera es una actividad por esencia mercantil según se explicó en el capítulo tres del presente trabajo.

Se pasa enseguida a hacer una referencia a la costumbre identificando como tal a los usos mercantiles, con una pluralidad de referencias: en algún lado se dice los “usos y prácticas” y en otros se refiere a usos bancarios, a usos bursátiles y a usos imperantes entre un sector (las organizaciones auxiliares del crédito o las entidades de ahorro y crédito popular). En el fondo el tema debe ser genérico: los usos mercantiles pues en esta expresión deben entenderse incluidas las prácticas en materia bancaria, bursátil, etcétera que no son sino usos mercantiles.

El siguiente escalón va referido a la legislación civil, aunque, por razones del momento de la redacción de los preceptos, unas leyes hacen referencia al Código Civil para el Distrito Federal y otras al Código Civil Federal.

Donde hay un diversidad de criterios es en el uso supletorio de normas procesales: se cita al Código Fiscal de la Federación, a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y al Código Federal de Procedimientos Civiles, en algunos casos en forma genérica y en otros en forma dirigida a algunos aspectos en particular: notificaciones, recursos y ejecuciones. Desde luego debe entenderse que las normas procesales contenidas en el Código de Comercio o en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito deben estar antes por formar parte de la legislación mercantil.

En suma, el régimen normativo de la operación del sistema financiero mexicano se compone por: 1º, las leyes propias, 2º la legislación mercantil, 3º los usos mercantiles, 4º la legislación civil y 5º por algunas normas relativas a fenómenos específicos de procedimiento.

4.- Interpretación administrativa de la Ley.

En todas las leyes se contiene una norma que da facultades a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (algunas con técnica más depurada, dicen “Al Ejecutivo Federal a través de la...” para hacer la interpretación administrativa de los preceptos de la ley en cuestión y para las disposiciones de carácter general que de ella emanen y, en general para todo cuanto se refiere a tales instituciones.⁵

Esta es una adición a la doctrina tradicional, según ésta sólo hay tres clases de interpretación: la **doctrinal** que es la que hacen los estudiosos del derecho incluyendo aquí la hecha por las partes que litigan y que proponen al juez que acepte su punto de vista, obviamente, esta interpretación no es obligatoria para nadie; la **judicial** que es la que hace el tribunal al resolver una cuestión bajo su jurisdicción, esta interpretación es obligatoria

⁵ LRAF – 5; LIC – 5; LMV – 5; LGOAAC – 1; LGISMS – 2; LFF – 1; LACP 1; LSI – 4; LSAR - 4

para las partes que han litigado; finalmente la interpretación es **auténtica** cuando el que la hace es el propio legislador, esta interpretación es obligatoria en forma general y abstracta como toda norma legislada.⁶

¿Cuál será la interpretación “para efectos administrativos” y a quiénes puede obligar? Es notorio que la edad moderna ha contribuido con nuevas visiones de lo que es y cómo opera la interpretación del derecho, dice Claude Thomasset, investigador de la Universidad de Québec en Montreal: “*Con el proceso de información en el Derecho, intervienen otros actores que tendrán una importante influencia en la determinación del sentido que habrá que dar a los textos jurídicos.*”⁷

Aquí estamos frente a la interpretación que hace la autoridad a quien corresponde aplicar la ley, este fenómeno ya era referido en 1835 por Mailher de Chassat, abogado de la Corte Real de París, en su Tratado de Interpretación de las Leyes, cuando decía: “...*la interpretación de doctrina pertenece a los diversos funcionarios encargados de aplicar la ley... (se han expuesto) los métodos por los cuales pueden ellos llegar al verdadero sentido de las leyes...pero como esos métodos pueden resultar insuficientes puede acudirse al legislador que interpreta por vía de autoridad.*”⁸ El término “administrativo” parece referir a lo propio de la función que desarrolla el Ejecutivo: la administración, de esta suerte sólo puede referir a los efectos que una norma jurídica tiene en el ámbito de lo que sucede en una actividad confiada al Ejecutivo. Ello quiere decir que la interpretación que haga la Secretaría de Hacienda resulta obligatoria para las oficinas y dependencias que dependen jerárquicamente o están sujetas a la autoridad de ella.

Otra cuestión es hasta dónde esa interpretación es obligatoria para las entidades financieras que hacen labor de intermediación al amparo de una autorización de las entidades del sector financiero. Parece razonable aceptar que, en tanto cuanto la materia sobre la que se hace la interpretación refiere a la actividad autorizada, ésta resulte obligatoria para dichas entidades.

Ciertamente, si esa interpretación afecta a un tercero en su esfera jurídica, éste tercero podrá impugnarla y demandar al juez la interpretación judicial sobre el tema.

Otra cosa que resulta incongruente es que la Secretaría pueda ejercer su interpretación no sólo sobre los preceptos de la Ley sino también sobre las reglas o disposiciones de carácter general que emanen de la ley y ello porque las más de las veces esas disposiciones generales no han sido elaboradas por la Secretaría sino por las Comisiones, el IPAB, la CONDUSEF o incluso el Banco Central. Para hacer más extensa la función, un buen número de esas leyes extienden la facultad interpretativa a “todo cuanto se refiera a los sujetos de la misma (ley)” y más aún, se extiende a las disposiciones sobre servicios financieros que se incluyan en los tratados o acuerdos internacionales.⁹

Esta norma es típica de la tendencia de tener un control omnímodo sobre la operación del sistema financiero y conviene ser revisada a la luz del concepto de cuál debe

⁶ Véase en este sentido a GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. Décima edición. México 1961. Páginas 329 y 330.

⁷ “ *Avec le processus d’information de droit, d’autres acteurs interviennent qui risquent d’avoir une influence importante dans la détermination du sens à donner aux textes juridiques*”. THOMASSET, CLAUDE. Interpréter le Droit: Le sens, L’interprète, La Machine. Bruylant Bruxelles. Belgique, 1997. Página 290. (Traducción libre hecha por el autor).

⁸ MAILHER DE CHASSAT, M.A. Traité de L’Interprétation des Lois. Videcoq Librairie Editeur. Paris Nouvelle Edition, 1845. Páginas 255 y 256. “*J’ai dit (§ IV) que l’interprétation de doctrine appartenait aux divers fonctionnaires chargés d’appliquer la loi...J’ai exposé ...les méthodes par lesquelles ils peuvent arriver au véritable sens des lois...Mais ces moyennes peuvent se trouver insuffisantes; allors l’interprète a recours au législateur, qui interprète par voie d’autorité.*” (Traducción hecha libremente por el autor)

⁹ LRAF – 27 B; LIC – 45 B; LMV – 161; LGOAAC – 45 BIS 2; LGISMS – 33 B; LFF – 15 B; LSI - 63

ser la combinación más adecuada entre la actividad del particular autorizado y la autoridad supervisora y reguladora.

5.- Autorizaciones. Otorgamiento y revocación.

Conforme al principio de autorización requerida, (véase el Capítulo 3) la operación misma, así como los actos corporativos importantes de los intermediarios financieros, están sujetos a recibir una autorización de parte de las autoridades reguladoras.¹⁰

En un principio se puede establecer que el rol importante que ha venido teniendo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha sido precisamente el ser el encargado de otorgar tales autorizaciones. El sistema se ha venido completando con la necesidad de pedir su opinión a las otras autoridades financieras (las Comisiones, El Banco de México).

Sin embargo un importante principio de cambio se ha venido gestando en el Sistema Financiero Mexicano de modo que la facultad deje de pertenecer a la Secretaría para irrogarse a la comisión supervisora, y se vayan eliminando los requerimientos de opinión a las otras autoridades.

Congruentemente con las normas que regulan la concesión de autorizaciones, la legislación produce una gran cantidad de normatividad respecto de la revocación de las mismas.¹¹

La revocación la hace la misma autoridad que concede. Usualmente, al igual que en el otorgamiento de la autorización, debe pedir opinión a las otras autoridades reguladoras.

Se hace una lista de casos y circunstancias en las que opera la revocación, esta lista es bastante similar en todas las entidades aunque su redacción no ha mantenido una uniformidad debido a las diferentes épocas en las que el legislador ha ido creando las normas, por ejemplo las reformas en materia de Instituciones de Crédito (resoluciones bancarias) y la nueva Ley del Mercado de Valores del año 2006, muestran la tendencia de crear normatividad en abundancia.

Para algunos intermediarios se ponen casos específicos propios de la materia con la que tratan (por ejemplo en el caso de Instituciones de Seguros en donde no obtener y presentar un dictamen de la Secretaría de Salud puede detonar la revocación).

Una relación consistente de los casos de revocación sería:

- Incumplir la ley y normatividad que rige al intermediario.
- No presentar el testimonio de la escritura constitutiva para su aprobación o no cumple los trámites de Registro Público de Comercio.
- No iniciar operaciones.
- Dejar de practicar el objeto social.
- No integrar el capital mínimo.
- Establecer algún tipo de dependencia con entidades extranjeras.
- No entregar la información cuando y como lo pidan las autoridades.
- Incumplir medidas preventivas o de mantenimiento de la capitalización, de inversión o de reservas.
- No registrar adecuadamente las operaciones en la contabilidad.
- Efectuar operaciones distintas a las permitidas por la ley.

¹⁰ LRAF – 6; LIC – 8; LMV – 114; 160 para filiales; 253 para administradoras de sistemas; 323, De los proveedores de precios ; 334 instituciones calificadoras de valores; LOAAC – 5; LGISMS – 5; LFF – 5; LAP – 9; LSI -6; LSAR; 19, 40

¹¹ LRAF – 12; LIC – 28; LMV – 153,154,155; 268 y 269 para negociaciones extrabursátiles; 298 y 299 para indevalés; 319 y 320 para contrapartes centrales de valores; 332 para proveedor de precios; 332 para Instituciones certificadoras de valores; LOAAC – 78; LGISMS – 75; LFF -105; LACP – 37; LSI – 82, 83 para Sociedades Operadoras de sociedades de inversión; LSAR – 54.

- Si así lo solicita la institución.
- Entrar en estado de disolución, liquidación o concurso.

6.- Plazos para trámites con las autoridades y negativa ficta.

En un esfuerzo por agilizar la operación de trámites administrativos y dentro de un programa genérico del gobierno federal sobre mejora de la función administrativa y desregulación de la misma, se inscribieron en las leyes financieras una serie de normas respecto de cómo deberá fluir las peticiones que los intermediarios financieros hagan a las autoridades administrativas que regulan su operación.¹² La unificación de esta materia en toda la legislación financiera muestra que se está en presencia de uno de esos comunes denominadores que pueden llamarse “instituciones” para los efectos de este estudio.

La disposición consiste básicamente en establecer un tiempo genérico de tres meses (cuatro en materia de sociedades de inversión y administradoras de fondos para el retiro y de seis en materia de seguros y fianzas o cuando sea necesario pedir la opinión de otra autoridad y hasta de ocho meses en dos casos particulares) para que las autoridades resuelvan las peticiones, en caso de no hacerlo así se establece una presunción de respuesta en sentido negativo (negativa ficta), de modo que una vez transcurrido ese plazo se podrá solicitar una constancia de no respuesta - la constancia se puede solicitar también en el caso de que en algún procedimiento se regule una afirmativa ficta – Los requisitos para hacer promociones se regulan en disposiciones de carácter general, se establecen posibilidades de prevenciones que, si no se hacen, fuerzan a aceptar el escrito y que, si se hacen, interrumpen el plazo mientras se desahogan. Las mismas disposiciones de carácter general pueden disminuir los plazos. No aplican los plazos si se trata del ejercicio de las facultades de supervisión, inspección y vigilancia.

El esfuerzo es loable pero la manera de instrumentarse está hecha para seguir acumulando facultades en las autoridades reguladoras: pueden emitir regulación para cómo funciona y se establecen una serie de candados y excepciones que la hacen prácticamente nugatoria. ¿Qué puede solicitar un intermediario financiero a una autoridad que no se encuentre comprendido dentro de sus facultades de supervisión o de otorgamiento de autorizaciones? El mismo hecho que la consecuencia sea negativa ficta en vez de ser una afirmativa ficta juega a favor de la posición de la autoridad.

El principio al menos es válido: para trámites ante las autoridades debe fijarse a ésta un plazo para responder y debe asignarse una consecuencia por no hacerlo que dé certeza al solicitante.

7.- Acreditada solvencia.

En tres intermediarios: instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, la ley ha establecido una presunción de acreditada solvencia fundamentalmente para liberarlas de la obligación de constituir depósitos o fianzas legales.¹³

En todos los intermediarios abundan medidas que cuidan que los mismos se mantengan en niveles de solvencia y cuando éstos empiecen a parecer dudosos, las autoridades supervisoras intervendrán en diversos grados para lograr su capitalización y su

¹² LRAF – 5 Bis, 5 Bis 1, 5 bis 2, 5 bis 3; LIC – 5 bis 1, 5 bis 2, 5 bis 3, 5 bis 4; LMV – 419, 420, 421, 422; LOAAC – 5 bis 1, 5 bis 2, 5 bis 3, 5 bis 4; LGISMS – 2 Bis, 2 bis 4, 2 bis 5; LFF – 2 bis, 2 bis 2, 2 bis 4; LAP – 124 bis, 124 bis 1, 124 bis 2; LSI – 94, 95, 96, 97; LSAR – 119, 120, 121.

¹³ LIC – 86; LGSIMS -14; LFIF - 12

solvencia (véase el capítulo relativo a las intervenciones administrativas, gerenciales o cautelares.) Las normas que se relacionan con la revocación de la autorización inciden en el cuidado que se debe tener sobre los niveles de solvencia de las entidades intermediarias.

La tendencia es ir desapareciendo esta figura de la acreditada solvencia, prueba de ello es que en ninguna de las otras legislaciones de intermediarios se ha reproducido la norma y en cambio se han privilegiado las normas de alertas tempranas, control de capital, inversiones, reservas, información al público, seguro a los depositantes y creación de fondos de protección.

Asimismo ha sido importante que, aunque la norma legal indica que la solvencia les exenta de otorgar cauciones y garantías, para efectos de la Ley de Amparo (garantía en la suspensión), así como para demandar un concurso mercantil (garantía de honorarios del visitador), las instituciones de crédito han debido otorgar las garantías requeridas por la ley. En ese sentido se ha pronunciado la Justicia Federal con fundamento en la preeminencia de la Ley de Amparo, reglamentaria de la Constitución, sobre las leyes de los intermediarios financieros.¹⁴

8.- Inversión del capital pagado y reservas.

Lo que una entidad financiera haga con sus recursos directos es de vital importancia para la salud financiera de la misma por lo que las autoridades supervisoras deben ejercer un cuidado especial tanto en regulación como en supervisión, para garantizar que el manejo de la entidad sea sano, dentro de parámetros de solvencia y de liquidez, y ofrezca seguridad a los clientes que ahorran en ellas, usan sus servicios o adquieren sus productos. Incluso en esta materia es común encontrar estándares a nivel internacional, elaborados a partir de la experiencia acumulada.

Algunas leyes tienden a ser más prolijas que otras, la tendencia es dar unas normas básicas en la ley y permitir a las autoridades reguladoras el despliegue de su actividad (véase comparativamente cómo lo regula la Ley de Instituciones de Crédito – artículo 55- , en comparación con la Ley del Mercado de Valores – artículo 213-).¹⁵

En general, y dentro del espíritu del encuentro de los denominadores comunes que dan pie a lo que se ha llamado una “institución”, se puede decir que el capital pagado y las reservas del mismo se invertirán en:

- 1.- Actividades propias del objeto social de la entidad (por ejemplo: en el caso de las controladoras de grupos financieros, en acciones emitidas por las entidades integrantes; en sociedades de inversión, en activos objetos de inversión).
- 2.- Inmuebles, mobiliario y equipo.

¹⁴ INSTITUCIONES DE CRÉDITO. TRATÁNDOSE DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEY DE AMPARO, RESULTA INAPLICABLE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY QUE LAS RIGE. - El artículo 125 de la Ley de Amparo establece que cuando sea procedente la suspensión, pero pueda ocasionar daño o perjuicio a tercero, la medida cautelar se concederá si el quejoso otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaran si no se obtiene sentencia favorable; esta exigencia emana del artículo 107, fracción X, de la Carta Magna y no obstante que el artículo 86 de la Ley de Instituciones de Crédito exime a éstas de constituir depósito o fianza legales, aun tratándose de la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo, las instituciones de crédito sí se encuentran obligadas a otorgar garantía para que surta efectos la suspensión de tales actos cuando exista riesgo de que con tal medida se pueda causar daño o perjuicio a un tercero, porque conforme al principio de autonomía jurídica no puede aceptarse que los preceptos relativos de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, queden subordinados a una disposición también contenida en otra ley reglamentaria, pues los mandatos de aquélla son los que deben tomarse en cuenta para la interpretación y aplicación de cualquier otra ley en cuanto al juicio constitucional, para no hacer nugatorias las disposiciones que rigen el juicio de garantías. NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Marzo de 2002 Tesis: I.9o.A.5 K Página: 1365 Materia: Común Tesis aislada.

¹⁵ LRAF – 23; LIC – 55, 89; LMV 213; LGOAAC – 84-A; LGISMS – 35; LSI – 20.

- 3.- Gastos de instalación.
- 4.- Valores gubernamentales.
- 5.- Inversión en capitales de riesgo de empresas auxiliares y de inversión.

Quizá la norma más importante en esta materia es que la inversión del capital social pagado y reservas se maneja conforme a las disposiciones que emanen de las facultades reglamentarias de las autoridades, aunque en algunos casos la ley señala por cientos (por ejemplo 10% en gastos de instalación de bancos), debido a que refiere a una situación que puede ser cambiante y que obligue a tomar decisiones de variación con mucha agilidad lo cual no sería posible si fuese la ley la que lo estipulara al detalle.

9.- Entidades Filiales del Exterior.

9.1 Extranjerización Paulatina.

Si bien en el origen, siglo XIX, las instituciones bancarias fueron constituidas por capital extranjero (Banco de Londres México y Sudamérica, Banco Nacional de México) México se caracterizó siempre por rechazar la presencia de capital extranjero en el sistema financiero, si bien, en algunas épocas se permitió éste en forma minoritaria, éste fue rechazándose para llegar a una mexicanización total; el día de la nacionalización de la banca, sólo existía, por razones históricas, un banco propiedad de extranjeros: Citibank, que además se mantuvo al margen de la expropiación, el resto de la banca era 100% de mexicanos.

Lo único que tenía una posibilidad era la instalación en el país de oficinas de representación que no podían ni captar recursos ni hacer ninguna gestión operativa y la posibilidad de establecer sucursales de bancos “de primer orden” (calificación que correspondería a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público) para realizar operaciones activas y pasivas sólo con no residentes de México. Esa era una primera tendencia a la apertura que se vino a cancelar con la nacionalización de la banca en 1982.

Los años de la nacionalización (1982 a 1990) mantuvieron un régimen de estricta mexicanidad. La administración del país que inició en 1988 tuvo como gran enfoque en su política económica la apertura del país hacia la globalización económica. En ese contexto se inscriben: el regreso del sistema bancario a la propiedad privada, los tratados de libre comercio con otros países (especialmente con Estados Unidos y Canadá) y, consecuentemente, la apertura a la participación de capital extranjero en todo el sistema financiero mexicano.

En el primer régimen de los nuevos grupos financieros se abrió la posibilidad de capital extranjero (en una serie de acciones llamada “C”) hasta un 30%, previa autorización de la Secretaría, que podía ser detentada por personas físicas o morales extranjeras que no tuvieran el carácter de autoridad.

Posteriormente (1992) se autorizó una parte de capital “adicional” que podía llegar hasta el 30% del capital ordinario, representado por acciones de voto limitado (Serie “L” que sólo votaban en casos de cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación, así como cancelación de su inscripción en cualesquiera bolsas de valores) que podían estar en manos de extranjeros.

Más tarde desapareció la serie “C” y las acciones serie “B”, que podían llegar hasta el 49% del capital tuvieron las mismas características que las antiguas “C”, por su lado el monto de la serie “L” creció hasta un 40% adicional del capital social.

La celebración del Tratado del Libre Comercio de Norte América que entró en vigor el 1º de enero de 1994 aportó otro paso importante hacia la posibilidad de extranjerizar el capital del sistema financiero. En su primer diseño había un límite de participación de modo que la presencia de entidades financieras del exterior en el mercado nacional sólo se diera hasta un limitado monto de la suma de la totalidad de entidades que operara ese ramo de intermediación en el país y un segundo límite que refería a un por ciento de la suma total del sistema financiero (Este límite agregado podría llegar a ser de hasta el 25% en el año 2007) Las leyes financieras se modificaron para adaptar las normas de dicho tratado.

Con la crisis financiera de mediados de los años noventa, diversos programas y disposiciones fueron relajando y anticipando los límites aludidos.

Con el decreto de 19 de enero de 1999 se dio una total apertura pues las series de acciones desaparecieron (salvo la “L” que ha subsistido) y las acciones que ahora son “O” (ordinarias) tienen las características que antes tuvieron las “C”: libre suscripción.

En este decreto se modificó también la Ley de Inversión Extranjera (Artículo segundo transitorio) y, en consecuencia, se elimina la limitación del 49% de inversión extranjera para los siguientes intermediarios extranjeros: controladoras de grupos financieros, bancos, casas de bolsa e intermediarios bursátiles.

Con las reformas de 2001, los beneficios de las medidas de liberalización del TLC se extendieron a los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

El tema de la creciente participación del capital extranjero en México hace despertar la inquietud acerca de si no se habrá ido demasiado lejos descuidando el control de mexicanos de un sector tan trascendente de la vida del país. Quizá una reflexión para el futuro deba de ser cómo se pueda fomentar una mayor participación del capital mexicano en el Sistema Financiero Mexicano.

9.2.- El sistema de entidades filiales del exterior.

Independientemente del régimen de tenencia accionaria de las entidades financieras de México, se ha desarrollado un sistema para regular cómo las entidades financieras del exterior pueden participar en el mercado de la intermediación financiera en México.

Este sistema quedó regulado en un capítulo especial que se adhirió a todas las leyes de los intermediarios financieros al inicio de 1994.¹⁶ Entre las legislaciones de los diversos intermediarios hay mínimas diferencias (por ejemplo, algunas no pueden emitir acciones de voto limitado, otras no pueden emitir obligaciones subordinadas, alguna no puede establecer sucursales en el extranjero, etc.) pero en general, el sistema de trato a este fenómeno es único y consistente en todo el sistema.

Se consideran filiales las sociedades mexicanas autorizadas para organizarse y operar como entidades financieras intermediarias o controladoras en cuyo capital participe mayoritariamente una institución financiera del exterior o, en el caso de las intermediarias, una sociedad controladora filial.

Por institución financiera del exterior debe entenderse una entidad que se dedique a actividades financieras y que se encuentre constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional que permita el establecer filiales en este país.

¹⁶ LRAF – 27-A a 27 –Ñ; LIC - 45-A a 45-N; LMV – 2, 161 a 170; LGOAAC – 45-BIS-1 a 45-BIS-14; LGSIMS - 33-A a 33-N; LFI – 15-A a 15-N; LSI – 62 a 75.

Tales entidades están sujetas al régimen de autorización, en la mayoría de los casos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en otras ocasiones a la comisión supervisora correspondiente, las reformas de 2006 apuntan a que la labor de autorizaciones deberá ser asignada a las comisiones supervisoras. Las autorizaciones requieren publicidad (Diario Oficial de la Federación y periódicos de amplia circulación)

El régimen jurídico al que están sujetas se compone, en primer lugar, por los acuerdos o tratados internacionales, la legislación financiera mexicana y las disposiciones o reglas generales emitidas por las autoridades financieras mexicanas.

Como ya se comenta en otro sitio de este mismo capítulo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público queda autorizada para hacer una interpretación administrativa de las disposiciones de los tratados y acuerdos internacionales. (Véase: Capítulo 14, 4.- Interpretación administrativa de la Ley.)

Las filiales que se establecen en México deben ser tratadas por las autoridades financieras de la misma manera que se trata a los nacionales y podrán practicar las mismas actividades que las entidades intermediarias mexicanas realizan salvo que el tratado internacional disponga alguna limitación. A su vez, las Instituciones Financieras del Exterior que inviertan en una filial mexicana deben practicar, en su país de origen las mismas actividades de intermediación que realizará la filial mexicana.

El capital de las filiales deberá estar formado por una serie “F” que puede ser adquirida solamente por una sociedad controladora filial o por una institución financiera del exterior. El monto mínimo de esta serie será de 51%, del capital total, podrá haber una serie “B” de hasta el 49% que tiene las mismas características que la serie “O”. Si la institución del exterior es dueña de acciones de la serie “B” no está sujeta a los límites de tenencia.

Las acciones serie “F” deberán estar íntegramente pagadas, darán iguales derechos (no pueden emitirse con voto limitado) y se depositarán en Indeval. Su enajenación requiere autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito y si el adquirente es una sociedad controladora filial o una institución financiera del exterior, debe cumplir con los requisitos de mínimos de 51% de tenencia y de fusionar la entidad que adquiere con la que ya tiene, en su caso, si no lo es, las entidades emisoras de las acciones deberán reformar sus estatutos.

Se fija un número mínimo de consejeros (5) y un número máximo (15) aunque cuando el capital está detentado en un 99% por una Institución Financiera del Exterior o una sociedad controladora filial, el número es libre (no menor a cinco en instituciones de crédito y controladoras).

Los nombramientos se hacen en asambleas especiales (para ellas aplican las normas de las asambleas generales ordinarias) por cada serie. En la serie “F” por el 51% deberá nombrarse la mitad más uno de los consejeros y uno por cada 10% excedente. La otra serie (“B”, “O”, “M” según la entidad de que se trate) designará el resto, los consejeros de minoría sólo pueden ser revocados cuando se remuevan a los demás de la misma serie.

En sociedades controladoras, bancos y casas de bolsa se exige un 25% de consejeros independientes.

La mayoría de los consejeros deberá residir en territorio nacional, al igual que el director general.

El órgano de vigilancia estará compuesto por un comisario designado por la serie “F” de acciones y, cuando exista, por uno de la serie “B”. En las sociedades de inversión se les exige contar con un contralor normativo.

La supervisión de estas entidades se practica por las mismas comisiones que lo hacen respecto de las entidades del sistema, sin embargo se establece que cuando las autoridades supervisoras de las instituciones financieras del exterior, en su país de origen, deseen hacer visitas de inspección a las filiales establecidas en México, podrán hacerlo previa solicitud que hagan a la comisión supervisora nacional en donde indicarán el acto de inspección a ser realizado y las disposiciones legales pertinentes a dicho acto. Las autoridades mexicanas podrán conocer el resultado obtenido.

9.3.- Oficinas de representación o sucursales de entidades financieras del exterior.

En algunos de los intermediarios (bancos, casas de bolsa, instituciones de seguros) se regula la posibilidad de que entidades financieras del exterior instalen en México oficinas de representación. Éstas requerirán una autorización, revocable por supuesto, de las autoridades financieras (de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el caso de bancos y reaseguradoras; de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en el caso de las casas de bolsa).

Ninguna de las oficinas de representación puede hacer operaciones de intermediación (bancaria o bursátil) o dedicarse a las operaciones del sector asegurador. Sus actividades, al igual que su instalación estarán regidas por las reglas generales que emita la misma Secretaría, y serán sujetas de vigilancia por la comisión correspondiente.

En el caso específicos de bancos se podrán instalar en México, con los mismos requisitos de autorización de reglas generales de su operación y de sujeción a vigilancia, sucursales de bancos, quienes podrán realizar operaciones activas y pasivas sólo con extranjeros, deberán contar con un capital mínimo y recibir la responsabilidad ilimitada de sus matrices.¹⁷

10.- Emisión de obligaciones subordinadas.

La colocación de obligaciones subordinadas es una manera de incrementar el capital social del emisor, por eso su tratamiento será muy similar al dado al capital.

Las controladoras de grupos financieros, los bancos, las casas de bolsa, las almacenadoras, las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, las instituciones de fianzas, las entidades de ahorro y crédito popular, pueden emitir obligaciones subordinadas (las uniones de crédito no están autorizadas a emitirlas).

Las obligaciones subordinadas son títulos de crédito, como tales, las normas de la Ley que rige a éstos será supletoria en esta materia aunque se establecen algunas derogaciones específicas, por ejemplo en el régimen de representación en el que se excluye el establecido en la LGTOC para establecer uno ad hoc.

Las normas que se aplican están contenidas en la legislación de los diversos intermediarios aunque en varias leyes se hace remisión al régimen dispuesto en la Ley de Instituciones de Crédito.¹⁸

Tipos de obligaciones subordinadas: pueden ser: convertibles discrecionalmente, convertibles forzosamente o no convertibles en acciones del emisor; preferentes o no (la diferencia está en que las preferentes se pagan antes que las no preferentes en caso de

¹⁷ LIC – 7; LMV – 159; LGISMS - 28

¹⁸ LPRAF – 23; LIC – 46, 64, 106; LMV – 136, 171, 176 ; LGOAAC – 11, 40, 45 bis 10, 48 A; LGISMS – 29 bis, 34, 35, 62, 74-BIS-1; LFIF - 15 BIS, 16, 60; LACP – 22, 36, 36 bis 1, 74

concurso o liquidación y ambas se pagan con anterioridad al reembolso de capital a los accionistas); y se pueden emitir denominadas en moneda nacional o extranjera.

La emisión normalmente es facultad del consejo de administración y suele estar sujeta a algún tipo de revisión por alguna de las autoridades del sistema financiero, especialmente si se trata de obligaciones convertibles.

La institución emisora podrá diferir el pago de intereses y de principal, cancelar el pago de intereses o convertir anticipadamente las obligaciones subordinadas aunque no podrán pagarse anticipadamente (salvo permiso de Banxico).

La emisión de las obligaciones subordinadas, su régimen, el monto de las mismas en relación con el capital social de la entidad son usualmente materia de regulación por parte de las autoridades del sistema financiero según la entidad intermediaria de que se trate. La dispersión de normas en cada uno de los sectores ha hecho muchas peculiaridades en cada caso, parecería ser conveniente el retomar este tema con una visión global de todo el sistema financiero y hacer una normatividad similar y consistente para todos los intermediarios.

Régimen de inversión: el importe que provenga de su colocación, a menos que sean de conversión obligatoria, no deberá usarse en mobiliario, gastos de instalación o en el capital de empresas que prestan servicios auxiliares a las entidades, en algunos casos la ley obliga un destino específico, por ejemplo destinarse a financiar programas para el desarrollo de las instituciones (caso de las instituciones de seguros y de fianzas).

Lo usual es que las entidades (es el caso de bancos, casas de bolsa, Instituciones de seguros) no puedan adquirir las emitidas por otra I de C. o controladora (casas de bolsa para éstas) ni dar créditos con garantías de ellas.

Cuando las autoridades financieras ejerciendo sus funciones de supervisión encuentran necesario pedir a las entidades algunas medidas de salud financiera, entre éstas se encuentra el detener los pagos de intereses de las obligaciones subordinadas o bien el acelerar su conversión en acciones de la entidad.

En materia de entidades filiales del exterior, la legislación en un principio estableció la prohibición para que dichas entidades emitieran obligaciones subordinadas, sin embargo tales disposiciones se han derogado. Las Organizaciones o Actividades Auxiliares de Crédito Filiales no pueden emitirlas pues la prohibición se mantiene.

11.- Manejo de la contabilidad y conservación de información.

Si la contabilidad es una actividad trascendente y esencial en toda empresa, en materia financiera se vuelve de una relevancia fundamental. La salud de la institución para los individuos que tratan con ella (depositantes, acreditados o usuarios de servicios) para el bienestar del público en general y para la economía del país, se revela en la contabilidad.¹⁹

El manejo de la contabilidad de las entidades financieras siempre ha sido objeto de una regulación cuidadosa por parte de las autoridades financieras, al grado que se llegaron a crear sistemas muy específicos de contabilidad que llegaban a diferir importantemente de los principios generales de contabilidad que se aplicaban en las empresas ordinarias. Los catálogos de cuentas contables, por citar un ejemplo, eran minuciosas listas y clasificaciones que se imponían a la institución. Una tendencia que se inició en los años

¹⁹ LPRAF – 30; LIC – 58, 79, 99, 100, 101, 102; LMV – 28, 36, 43, 44, 205 a 211; LGOAAC – 52 a 55; LGISMS – 99 a 105, LFIF – 61 a 65; LACP – 117 a 119; LSI – 76 a 79; LSAR – 84 a 88

noventa, con la apertura a la economía global mundial fue el procurar estandarizar, y de paso hacer sencillo, el manejo de la contabilidad con normas internacionales a fin de que México pudiera ofrecer al mundo una lectura de los estados financieros de sus instituciones financieras de forma que fueran legibles para todos. Las normas fiscales han coadyuvado a este propósito. La trascendencia queda de manifiesto con el hecho de que algunos de los delitos propios de la actividad del sistema financiero tienen que ver con el mal uso y cumplimiento de las normas contables (véase el capítulo 11)

La primera norma sobre la contabilidad es el registro. El principio que rige es exactamente el mismo que aplica para toda empresa: Todo acto o contrato que signifique variación en el activo o en el pasivo o implique obligación directa o contingente, deberá ser registrado en la contabilidad el mismo día en que se efectúen.

La forma de llevar la contabilidad, hacer asientos, el trato de las operaciones en moneda extranjera, llevar libros y almacenar documentos correspondientes a las operaciones, el uso de sistemas automatizados, así como el plazo y la forma en que deban ser conservados, se rigen por disposiciones de carácter general que dicta la Comisión encargada de la supervisión de la entidad. En el caso de las controladoras, la contabilidad del grupo financiero se llevará conforme a las reglas que disponga la Comisión que la supervise.²⁰

La segunda norma es la elaboración y presentación (forma y plazos) de los estados financieros y su publicidad ante autoridades y ante el público en general.

Los estados financieros requerirán un dictamen de un auditor externo cuya designación corre a cargo del Consejo de Administración. La actividad de estos auditores externos es también objeto de regulación por parte de las autoridades supervisoras y se establece una obligación de información directa a éstas de las irregularidades que se encuentren.

Una tercera norma, relacionada con las facultades reguladoras, es la valuación de los activos que se llevará a cabo conforme las reglas que al efecto se emitan las cuales incluirán la estimación máxima de activos y mínima de sus obligaciones y responsabilidades.

La contabilidad que lleven las instituciones intermediarias hace prueba en su contra a favor de terceros (Artículo 50 de la LIC: “*los asientos que figuren en la contabilidad de la institución harán fe, salvo prueba en contrario, en el juicio respectivo*”).

También es objeto de regulación cuidadosa el manejo de las contabilidades que se lleven (cuentas de orden) de bienes de terceros como puede ser el caso de fondos de valores de clientes o fideicomisos, mandatos o comisiones, cada uno de estos deberá llevar una contabilidad especial y el conjunto debe ser congruente con los estados financieros generales de la institución.

La responsabilidad del manejo adecuado de la contabilidad recae en los órganos primarios de administración de las instituciones y son la materia de trabajo de algunos de los órganos que las normas de gobierno corporativo han ido integrando a los intermediarios financieros, tal como el contralor normativo, el comité de auditoría y los propios auditores externos. (Véase el capítulo 6)

²⁰ En el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 2006 se publicaron las Disposiciones de Carácter General en materia de Contabilidad, aplicables a las Sociedades Controladoras de Grupos Financieros sujetas a la supervisión de la CNBV. Se publicaron reformas el día 8 de enero de 2007.

La Comisión o autoridad supervisora podrá ordenar correcciones a los estados financieros que, a su juicio, fueren fundamentales, así como acordar que se publiquen con las modificaciones pertinentes.

Como un anexo importante al manejo de la contabilidad se da el tema de la conservación de la información. Una buena parte de leyes relativas a los intermediarios incluyen la posibilidad de que la conservación no sea física sino a través de otros medios como puede ser la primitiva microfilmación o el posterior uso de las tecnologías digitales, ópticas y electrónicas.²¹ Esta es una parte que puede y debe ser superada puesto que la legislación nacional ya cuenta con regulación de mensajes de datos originales auténticos y de normas de conservación de datos. En la actualidad muchas operaciones se pueden “documentar” directamente en estos medios (por ejemplo la factura electrónica, las transacciones hechas en cajeros automáticos o por Internet, etc.) sin que sea necesario hablar de sistemas de “copiado”.

12.- Relaciones Laborales.

Durante mucho tiempo los empleados bancarios estuvieron sujetos a un régimen laboral ad hoc derivado de un Reglamento de Trabajo que era expedido por el Ejecutivo, el primero se dio bajo la presidencia de Lázaro Cárdenas (29 de noviembre de 1937), posteriormente Adolfo Ruiz Cortines hizo lo propio (Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1953) el cual sufriría modificaciones en época de Luis Echeverría.

La validez constitucional de dicho Reglamento era cuestionable por cuanto creaba una típica situación jurídica abstracta y general para todos los empleados tanto de las Instituciones de Crédito como de las Organizaciones Auxiliares, es decir, era materialmente una Ley aunque formalmente era expedido como un acto administrativo del Ejecutivo. Siempre se dijo que la pretensión de dicho reglamento era evitar que los empleados del sector se organizaran en sindicatos, celebraran contratos colectivos y pudieran usar su derecho de huelga. Ninguno de esos derechos les estaba prohibido (y si lo hubieran estado la norma sería notoriamente atentatoria del artículo 123 constitucional) por lo que no podía ser ese el propósito. Lo que sí creaba era una serie de ventajas típicas de los contratos colectivos que parecía hacer innecesario el que hubiera coaliciones de empleados para negociar con las instituciones las prestaciones laborales.²²

Con motivo de la nacionalización de la banca en septiembre de 1982 se decretó la manutención de los derechos de los empleados y en el decreto complementario a la nacionalización expedido cinco días después, se creó un Comité Técnico Consultivo que trabajaría en instrumentar el que los empleados bancarios se rigieran por el Apartado B del artículo 123 Constitucional. En consecuencia, el 17 de noviembre de 1982 se promulgó la reforma constitucional que añadía al artículo 123 de la carta magna, en su apartado “B” la fracción XIII bis que rezaba: *“Las instituciones a que se refiere el párrafo quinto del artículo 28, regirán sus relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en el presente apartado.”*

Corolario de lo anterior fue la publicación, el 30 de diciembre de 1983 de la Ley Reglamentaria de la fracción XIII Bis del Apartado “B” del Artículo 123 de la Constitución

²¹ LIC - 100, LMV - 208,209; LGOAAC - 52; LGSIMS - 100; LFIF - 63; LACP -117; LSAR - 86.

²² Para una revisión completa de la historia de estas normatividades se sugiere revisar: ACOSTA ROMERO, MIGUEL Y DE LA GARZA CAMPOS, LAURA ESTHER. Derecho Laboral Bancario. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988. Páginas 10 y siguientes.

Política de los Estados Unidos Mexicanos que recogió básicamente las normas que contenía anteriormente el “Reglamento” e introdujo normas relativas a la sindicación de los empleados.

Con la reestructura que vivió el sistema financiero mexicano al reformarse la Constitución en 1990 para regresar a la inversión privada el sistema bancario y la creación del sistema de grupos financieros con la expedición de nuevas leyes y reformas a las existentes, se modifica la fracción XIII bis del Apartado “B” del artículo 123 para decir . *“XIII bis.- Las entidades de la Administración Pública Federal que formen parte del sistema bancario mexicano regirán sus relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en el presente apartado.”* (Diario Oficial de 27 de junio de 1990).

De tal suerte se puede determinar que para los empleados del sistema financiero existen dos regímenes laborales: uno el común y corriente del apartado A del artículo 123 para la mayor parte de empleados del Sistema y el del Apartado B, fracción XIII bis del artículo 123 para los empleados de las entidades de la Administración Pública.

Conclusión.

El Sistema Financiero Mexicano y la normatividad que lo rige son de interés público. Ésta lleva por propósito: regular las operaciones de intermediación financiera, las entidades que las realizan, la actividad de las autoridades financieras que supervisan el sistema, regular el mercado, procurando un sano y equilibrado desarrollo del sistema, fomentando una sana competencia, minimizando el riesgo sistémico y protegiendo los intereses del público.

El régimen normativo hermético de la operación del sistema financiero mexicano se compone por: 1º, las leyes propias, 2º la legislación mercantil, 3º los usos mercantiles, 4º la legislación civil y 5º por algunas normas relativas a fenómenos específicos de procedimiento.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la encargada de interpretar para efectos administrativos las leyes financieras y la normatividad secundaria que de ellas emana.

Las instituciones financieras operan en función de una autorización otorgada por las autoridades del Sistema la cual es otorgada y puede ser revocada en los casos que establece la ley.

Existe un régimen que regula el que las autoridades atiendan las peticiones de las entidades intermediarias señalando plazos tras los cuales debe entenderse que se ha resuelto negativamente.

En instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, la ley ha establecido una presunción de acreditada solvencia y en todos los intermediarios se han venido reforzando medidas para asegurar que operen en términos de solvencia.

Las entidades intermediarias deben cuidar la manera como invierten sus recursos económicos a fin de mantener una posición de salud y de solvencia aplicando, en muchas ocasiones, estándares mundiales. En general puede decirse que los recursos deben invertirse en actividades propias del objeto social de la entidad, inmuebles, mobiliario y equipo, gastos de instalación, inversión en valores gubernamentales y en capitales de riesgo de empresas auxiliares y de inversión.

El Sistema Financiero Mexicano se ha abierto a la inversión extranjera de modo que se permite no sólo la presencia de capital extranjero en los intermediarios mexicanos sino

también la posibilidad de que entidades financieras del exterior operen grupos financieros o entidades intermediarias mexicanas. Asimismo es posible la operación de oficinas de representación de entidades extranjeras que no podrán practicar operaciones o el establecimiento de sucursales que sólo podrán operar con residentes en el extranjero.

La emisión de obligaciones subordinadas, convertibles o no, preferentes o no, es un sistema de financiamiento usado con frecuencia por las entidades intermediarias, la legislación ha sido prolija en su regulación y parece ser deseable una reordenación para dar uniformidad al tema.

El manejo contable de la información financiera de los intermediarios es motivo de una prolija regulación y atención de parte de la ley y de las autoridades supervisoras, se trata de un elemento clave en la salud del sistema financiero y de la economía del país. La tendencia ha sido el mantenerse dentro de los estándares que mundialmente se aplican a fin de mantener la competitividad y participación en el contexto de la economía global.

Para los empleados del sistema financiero existen dos regímenes laborales: uno el común y corriente del apartado A del artículo 123 para la mayor parte de empleados del Sistema y el del Apartado B, fracción XIII bis del artículo 123 para los empleados de las entidades de la Administración Pública.

CAPÍTULO 13

OTRAS INSTITUCIONES OPERATIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

CONTENIDO:

- 1 Apertura y cierre de sucursales y oficinas.
 - 2 Poderes.
 - 3 Estado de cuenta certificado por el Contador.
 - 4 Publicidad hecha por los intermediarios.
 - 5 Medidas de Seguridad.
 - 6 Trato fiscal de las operaciones.
- Conclusión.
-

Al igual que sucede en las materias tratadas en el capítulo anterior, la miscelánea de materias que se aborda en el presente capítulo no ha sido materia de desarrollos doctrinales por lo que poca referencia bibliográfica se puede aportar. El método de trabajo ha sido el seleccionar el tema y observar su tratamiento en las distintas legislaciones de los intermediarios del sistema.

1.- Apertura y cierre de sucursales u oficinas.

Durante algún tiempo la apertura, cambio de domicilio o cierre de las oficinas donde se prestaba servicios financieros al público (las oficinas administrativas nunca han estado sujetas a control) era una de las herramientas usadas por las autoridades como control del sano desarrollo del mercado financiero y por ello regulaban con sumo cuidado el tema y otorgaban los permisos después de cuidadosos estudios económicos y de viabilidad, se restringían los permisos para instituciones grandes a las que sólo se les pedía abrir en poblaciones pequeñas y se favorecía que instituciones pequeñas tuvieran presencia. El tema se ha abierto y se permite a las entidades operar casi a su gusto con una mínima intervención de las autoridades supervisoras, aunque esta es una de las típicas actividades objeto de una regulación por parte de las autoridades supervisoras.

Las constantes sobre el tema son que se requiere dar aviso a las autoridades para la apertura, cambio de domicilio o cierre de una oficina que presta servicios al público, con un período de antelación y, si se trata de oficinas en el extranjero, es menester el previo permiso.¹

Siendo la intermediación financiera una actividad de interés público pues representa el movimiento del ahorro y la inversión en el país, el que esta actividad pueda quedar limitada porque alguna institución decida *motu proprio* el cierre de sus oficinas contraría el principio de rectoría económica del Estado. Por ello se establece que los días de cierre de las oficinas deberán quedar claramente indicados en un calendario que anualmente producen y publican en el Diario Oficial de la Federación, las autoridades supervisoras. Para algunos intermediarios el texto legal es “deberán cerrar sus puertas y suspender operaciones”, mientras que para alguno (sector asegurador) la ley dice “sólo podrán”, si bien en el fondo no existe diferencia, ambas expresiones suponen que el cierre no depende

¹LIC – 87; LMV – 217; LGOAAC – 65; LGISMS –65; LFF – 78; LACP 80

en ninguna manera de la voluntad de nadie, ni siquiera de las autoridades pues éstas mismas se sujetan a las disposiciones de carácter general que emiten. En dichas disposiciones se ha establecido también la manera de atender el cierre en caso de desgracias o fenómenos naturales (inundaciones, terremotos, huracanes, etc.) asimismo las autoridades toman en cuenta los eventos y circunstancias regionales que orientan el cierre de oficinas en determinadas zonas del país (fiestas locales como carnaval, aniversario de fundación, etcétera).²

2.- Poderes.

Las leyes financieras han intentado hacer más sencilla la acreditación de los apoderados de las entidades intermediarias creando normas, especialmente en bancos, organizaciones auxiliares, instituciones de seguros e instituciones de fianzas³ en las que se reducen los requisitos para integrar la personalidad. Tales normas piden, en el caso de nombramientos una certificación del secretario o prosecretario del consejo de administración y en el caso de poderes tan sólo inserciones relativas al acuerdo del consejo que haya autorizado el otorgamiento del poder, a las facultades que en los estatutos se concedan al consejo sobre el particular y a la designación de los consejeros.

La verdad es que la práctica ha hecho nugatoria estas disposiciones en virtud de prestarse a una gran cantidad de estrategias de litigio de las personas que se enfrentan con las instituciones ante tribunales. Las instituciones y sus notarios o corredores, han optado por ser sumamente cuidadosos y prolijos en el otorgamiento de los poderes. Una reflexión y una corrección legislativa parecen resultas muy necesarias.

3.- Estado de cuenta certificado por el Contador.

Con el fin de facilitar y dar seguridad a las operaciones financieras se ha establecido como herramienta el que los documentos en los que se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, las organizaciones auxiliares del crédito, las entidades de ahorro popular, así como, en el caso de las instituciones de fianzas, los documentos en los que se consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, se conviertan en títulos ejecutivos sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito salvo el de acompañar los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución acreedora, o, en el caso de las afianzadoras, la certificación de que se pagó al beneficiario la fianza.⁴

Respecto de la certificación del contador se ha producido una distorsión en la inteligencia y comprensión de esta figura. El propósito original era que el contador certificara el saldo adeudado, con el propósito de dar autenticación a una cantidad lo cual es indispensable para que pueda existir un título ejecutivo. Sería parte del litigio posterior el justificar por qué se había llegado a esa cantidad (de ahí la mención: “salvo prueba en contrario”).

La redacción del artículo al referir a un “estado de cuenta” dio pie para una interpretación diversa que llevó, sobre todo en la década de los años noventa y especialmente a raíz de la crisis financiera de 1995, a una gran cantidad de litigios que produjeron una muy copiosa aportación de tesis jurisprudenciales. Tales tesis fueron

²LIC - 95; LMV - 218; LOAAC - 70; LFIF - 81-BIS; LGISMS - 72;

³LIC - 90; LOAAC - 9; LGISMS - 19; LFF 129

⁴LIC - 68; LOAC - 47, 48; LFIF - 96; LACP - 33

cambiando la inteligencia del artículo y en lugar de entenderlo como la simple referencia a una cantidad que daba pie a una acción ejecutiva lo entendieron como la necesidad de que al hacer la certificación se estableciera con toda claridad el camino que se había seguido para llegar a esa suma.

El legislador adoptó el criterio establecido jurisprudencialmente y reformó las disposiciones legales para añadir los contenidos que debe tener la certificación, así la ley ordena que el estado de cuenta que certifique el contador de la institución incluya los datos sobre la identificación del contrato o convenio en donde conste el crédito otorgado (El estado de cuenta certificado antes citado deberá contener: el nombre del acreditado; la fecha del contrato; el notario y número de escritura, en su caso; el importe del crédito concedido); el capital inicial dispuesto; el capital vencido no pagado; el capital pendiente por vencer; las tasas de interés del crédito aplicables a cada período de pago; los pagos hechos; los intereses moratorios generados; la tasa de interés aplicable a intereses moratorios y el importe de accesorios generados y fecha hasta la que se calculó el adeudo; capital y demás obligaciones de pago vencidas a la fecha del corte.

Otro tema que fue objeto de litigios era la inteligencia que debía darse al término “contador” ¿Quería decir que se tratara de un profesional con título admitido para su ejercicio profesional, o refería tan sólo a quien manejaba la contabilidad independientemente si poseía una cédula profesional?, ¿Se refería a la persona responsable de la contabilidad de toda la institución (una sola por entidad financiera) o caía en el supuesto el responsable del manejo contable de la oficina o sucursal que generaba el crédito u operación en cuestión? Las decisiones de los tribunales fueron a ambos extremos de las preguntas. En la práctica las instituciones, sobre todo para evitar recursos litigiosos, siguieron la práctica de ir a lo más seguro e incluso crearon en las descripciones de puestos y manuales de operación las referencias específicas a qué puestos corresponde la facultad de emitir las certificaciones a que se refiere la ley.

Originalmente la disposición contenía la referencia a las operaciones hechas por medios electrónicos, en las que no existe un documento de contratación, a fin de proveer a estas operaciones la posibilidad de contar con un título ejecutivo, seguramente el legislador que derogó esta disposición en 2003 no entendió la problemática de las operaciones electrónicas las cuales tienen que buscar de nuevo el camino de contar con un documento que le sirva de título ejecutivo.

La emisión de certificaciones falsas atrae consecuencias de responsabilidad, incluso penal (ver, por ejemplo el artículo 112 bis 1 de la Ley Federal de Fianzas).

4.- Publicidad hecha por los intermediarios.

De nuevo es otro terreno en el que las autoridades ejercen una vigilancia por el bienestar de la salud financiera. Una publicidad que provocara que el público buscara usar productos financieros en forma inadecuada acarrearía un daño a la economía nacional, por ello el Estado se ha reservado el mantener un control, si esto se asocia con la creación de la Comisión que protege y defiende a los usuarios de servicios financieros, se encontrarán dos extremos de una pinza que busca crear una buena cultura financiera en el público usuario.⁵

Las facultades en esta materia incluyen: emitir disposiciones generales que dan lineamientos para la publicidad, sujetándola en ocasiones a permiso previo, por un lado y, por el otro, el tener la facultad de modificar, suspender o cancelar la publicidad que haga un

⁵ LIC – 94; LMV – 6; LGOAAC – 71, 86; LGISMS – 71; LFIF - 81; LACP – 121; LSAR - 53;

intermediario cuando la publicidad no se apegue a las disposiciones regulatorias o implique inexactitud, oscuridad, o competencia desleal entre las entidades o induzca a error, confusión o engaño.

Finalmente el tema se incluye entre los capítulos de sanciones facultando a la autoridad a imponer sanciones cuando la entidad no se haya conducido.

5.- Medidas de Seguridad.

Las leyes de las entidades financieras tienen frecuentes referencias a seguridad en lo relativo a las operaciones, la conservación de la información y a su confidencialidad.

Tradicionalmente las instalaciones de instituciones de crédito (sucursales y cajeros automáticos) han sido blanco de acciones delictivas violentas a fin de apoderarse de los recursos monetarios que se acumulan en tales lugares. Esa situación no se presenta en las demás instituciones intermediarias aunque muchas de ellas puedan realizar transacciones en efectivo, lo cierto es que se está privilegiando cada vez más el uso de transacciones electrónicas que ofrecen la seguridad de no operar con efectivo.

De cualquier manera, el tema de asaltos bancarios es un gran rubro en la preocupación de la sociedad que produce el que ésta pueda tomar decisiones que la alejan de la bancarización si no encuentra suficientemente satisfechos los requisitos de seguridad.

Por ello la ley ha impuesto a las instituciones de crédito el tomar las medidas de seguridad que, conforme reglas generales, establezcan la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores quien además será la responsable de vigilar su cumplimiento.⁶ El establecimiento de estas medidas ha producido conflictos entre las autoridades financieras y las instituciones de crédito con diversas autoridades locales que también ejercen la función de resguardar la seguridad pública. El conflicto ha surgido – y se ha solucionado – a partir de la comprensión clara de cuál es la parte que le toca proteger a cada autoridad y a cada legislación.

6.- Trato fiscal de las operaciones.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como facultad del Congreso la de legislar en toda la República sobre intermediación y servicios financieros y la de establecer contribuciones sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros.⁷ Es claro que los Estados de la Federación no pueden ejercer una regulación sobre las entidades del sistema y, desde luego, sobre sus operaciones.

A su vez, la Ley de Instituciones de Crédito establece en su artículo 98 que sus operaciones, ingresos y utilidades no podrán ser gravados por el Distrito Federal, Estados o Municipios.⁸ Esta norma es la heredera de una serie de antecedentes en legislaciones anteriores en donde el legislador fue más prolijo.

El tema ha sido llevado a polémica ante los tribunales cuando alguna entidad federativa ha intentado establecer gravámenes sobre diversas actividades de las entidades financieras y específicamente sobre bancos (impuesto sobre nóminas, obtención de licencias municipales, etc.). Las decisiones de la Corte han oscilado y no se ha formado una

⁶ LIC – 96 y CNBV: Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito.

⁷ CPEUM – 73 Fracciones X y XXIX.

⁸ LIC - Artículo 98.- Las operaciones de banca y crédito que realicen las instituciones de crédito y demás integrantes del Sistema Bancario Mexicano, así como los ingresos y utilidades que por los mismos conceptos obtengan, no podrán ser gravados en forma alguna por el Distrito Federal, los Estados o Municipios...

jurisprudencia al respecto pero por lo menos ha quedado claro que sólo la Federación puede gravar las operaciones propias de la banca y de la industria de los seguros.

Las legislaciones bancarias que se ocuparon del tema a lo largo de la historia lo han hecho sosteniendo en sus exposiciones de motivos que dejar abierta la posibilidad a que las entidades federativas impongan un régimen más o menos gravoso produciría que se crearan “paraísos” a donde acudirían en masa los bancos, dejando sin servicio aquellas entidades en las que la práctica de la actividad resultaría gravosa, lo cual va notoriamente en contra del principio de regulación estadual de la economía.

Las legislaciones de los demás intermediarios no hacen referencia al tema por lo que debe de estarse a la estricta aplicación de la norma constitucional que al decir legislar sobre intermediación y servicios financieros debe quedar comprendida la materia fiscal alrededor de los mismos.

Sería deseable una pronunciación clara sobre el tema en las legislaciones.

Conclusiones.

Para la apertura y cierre de sucursales u oficinas se requiere dar aviso a las autoridades con un período de antelación y con permiso previo si se trata de oficinas en el extranjero.

En materia de poderes las normas que tratan de hacerlos más sencillos no han operado correctamente y se ha privilegiado el uso de la legislación común para su expedición.

La certificación de los saldos y los estados de cuenta de las operaciones de los clientes de intermediarios financieros sirven para dar una base procesal a la vía ejecutiva. Cambios producto de la jurisprudencia y de la legislación han venido haciendo muy compleja esta emisión e incluso la retiraron para las operaciones hechas exclusivamente en forma electrónica. Es de esperarse que este sea un tema sobre el cual el legislador rehaga la figura de manera sencilla.

La publicidad que los intermediarios hagan de sus productos y servicios es objeto de regulación por la autoridad financiera a fin de preservar sanas prácticas de intermediación.

El establecimiento de medidas de seguridad para las instalaciones financieras es preocupación de las instituciones desde luego, de las autoridades supervisoras del sistema financiero y de las autoridades locales que tienen la responsabilidad de procurar servicios de policía y protección a la ciudadanía.

Siguiendo una norma constitucional, las Entidades Federativas no pueden legislar sobre intermediación y servicios financieros lo cual incluye la materia fiscal alrededor de los mismos.

CAPÍTULO 14

CONCLUSIONES

1.- EL MERCADO DEL DINERO.

- El dinero, al ser manejado como una mercancía, constituye un mercado en toda la extensión del significado de tal término.
- La actividad de transacción con tal mercancía se convierte en lo que se llama la intermediación financiera.
- El manejo del dinero, su mercado y la función de intermediación financiera, constituyen el objeto sobre el que opera el Sistema Financiero.

2.- FORMACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

- El Sistema Financiero Mexicano se ha venido formando históricamente a partir del eje central de la banca en sus funciones de emisión, central, especializada, departamental, múltiple y en los grupos financieros.
- La expresión “Sistema Financiero” ya forma una realidad consistente en la legislación mexicana.
- Los principios rectores de la actividad del Sistema Financiero son:
 - Control por el Estado.
 - Especialización y pluralidad asociada.
 - Estabilidad de las instituciones financieras.
 - Libre concurrencia.
 - Pulverización del capital.
 - Actuación expedita.
 - Protección a los intereses del público.

3.- EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

- El Sistema Financiero Mexicano se compone de una serie de elementos interrelacionados que permite su unidad científica.
- Tales elementos son:
 - a) Elemento **personal**: Un conjunto de entidades, públicas y privadas, que practican de alguna manera las actividades propias de la intermediación financiera y de la operación del mercado de dinero y capitales.
 - b) Elemento **formal**: Un marco jurídico ad hoc que se integra con algunas normas constitucionales, una profusa legislación especializada, el uso de

legislación general y una normativa reglamentaria también muy abundante. Este marco constituye una combinación sui generis de derecho privado y de derecho público.

- c) Elemento **regulador**: Un grupo de autoridades (sector del Estado) que: otorgan las autorizaciones y concesiones requeridas; regulan la actividad de los intermediarios y jugadores; practican en ocasiones ellas mismas algún tipo de intermediación y supervisan (inspección y vigilancia) la conducta de los participantes en el sistema.
 - d) Elemento **Material**: Un grupo de instituciones que han estructurado y dado cohesión al quehacer de los integrantes.
- Estos elementos podrían llevar a una definición del Sistema Financiero Mexicano como: Conjunto de sujetos, autoridades e instituciones que con un marco jurídico ad hoc, se ocupan de los procesos de captación del ahorro y de su inversión, así como de los servicios complementarios de tal intermediación.
 - Convendría conjuntar la regulación del sistema financiero en un cuerpo orgánico que norme para todos las instituciones comunes evitando repeticiones; que disponga lo necesario para las actividades particulares de cada una y que dé a la vez espacio a las entidades públicas y privadas para desempeñar su nicho de actividad según su propia vocación

4.- LA AGRUPACIÓN FINANCIERA.

- El concepto de “agrupación financiera” se inscribe en la tendencia de la integración de grupos de sociedades como nuevo fenómeno corporativo.
- Tanto en la historia como en la geografía se dan ejemplos y modelos de cómo pueden integrarse y operar agrupaciones de intermediarios financieros.
- La agrupación de intermediarios financieros opera en México según una variedad de principios rectores:
 - Libertad de asociación, autorización, formalidad en la constitución, integración discrecional, no concentraciones indeseables, especialidad, separación, inspección y vigilancia ad hoc, denominación y actuación conjunta, responsabilidad subsidiaria, pulverización de capital.

5.- LAS AUTORIDADES REGULADORAS.

- La labor de las autoridades del sector financiero es fundamental para garantizar la rectoría económica del Estado.
- Las atribuciones que fundamentalmente desarrollan las autoridades son la supervisión, la regulación y el otorgamiento de autorizaciones.
- El Banco de México desempeña, además de atribuciones de autoridad, una serie de actividades de operación directa en el mercado financiero.

- Sería deseable que se redujera la proliferación de autoridades en este sector y que se concentraran las atribuciones evitando duplicidades y ayudando con ello a disminuir el costo regulatorio en beneficio de los usuarios del sistema.

6.- ASPECTOS CORPORATIVOS.

- La razón que ha llevado al legislador financiero a hacer regulaciones sobre cuestiones societarias es que ha sido mucho más fácil encontrar las razones y las justificaciones coyunturales para legislar materia de sociedades en la legislación financiera a cambio de carecer de esas condiciones para hacer una reforma a la Ley de Sociedades Mercantiles.
- Como regla general de sana estructura legislativa, cabe pensar en que la legislación financiera no debe insistir en disposiciones que sean mucho más estrictas que las normas generales de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en circunstancias tales como los quórum de votación, el porcentaje para pedir convocatorias a sesiones de consejo o de asambleas o en la creación de órganos de administración o vigilancia novedosos. Si no hay una razón verdaderamente sólida, para crear la excepción, debe dejarse ese terreno a la Ley General de Sociedades Mercantiles y a los estatutos de las sociedades en especial.
- Es razonable cuidar que las personas que ocupen puestos significativos en las entidades intermediarias tengan las calificaciones adecuadas que garanticen un buen desempeño y la solidez del sistema.
- Asimismo la legislación financiera ha abusado de los detalles de redacción de sus textos en cuanto a regulación. Es menester tratar a las entidades financieras como mayores de edad y dejar que la supervisión que se haga de su actuar resuelva los conflictos y los abusos.
- Un capítulo común a todas las entidades financieras, por lo menos a aquellas que no son propiedad del Estado resultaría conveniente para unificar todas esas decisiones y textos que el tiempo ha ido construyendo con algunas diversificaciones.
- La incorporación de normas del Gobierno Corporativo a las entidades que forman el Sistema Financiero Mexicano es, además de una realidad, una práctica que refuerza la salud del mismo.

7.- ESTRUCTURA JURÍDICA DE LAS OPERACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.

- Las operaciones del Sistema Financiero Mexicano se practican a través de estructuras jurídicas contractuales que se clasifican en Activas y Pasivas según que el intermediario financiero tome el papel de acreedor o deudor en las mismas. Se utilizan también operaciones neutras o de Servicio que complementan la actividad de la intermediación y consisten fundamentalmente en obligaciones de hacer por parte del intermediario financiero, usualmente relacionadas con productos y materia de dinero. El desarrollo de las necesidades ha venido desarrollando novedosas operaciones que combinan las actividades

relacionadas con la intermediación y los servicios. Por regla general las operaciones pasivas se documentan en contratos de depósito irregular; las activas a través de contratos de préstamo y apertura de crédito; las de servicio a través de contratos de prestación de servicio y las novedosas han venido desarrollando figuras jurídicas típicas.

8.- ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA GARANTÍA DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS.

- En el Sistema Financiero Mexicano han surgido figuras de garantía para respaldar el cumplimiento de obligaciones nacidas de la operación del propio sistema que constituyen figuras ad hoc para la intermediación financiera, extrayendo su regulación del derecho común y creando figuras sui generis.

9.- LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LAS OPERACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

- La tecnología de la información ha propiciado que una gran cantidad de operaciones de las practicadas por el sistema financiero se realicen a través de estos métodos electrónicos, ópticos u otras tecnologías. La seguridad, sencillez, economía y rapidez son razones que motivan, y lo seguirán haciendo en el futuro, el que esas operaciones se sigan practicando así.
- La legislación del sistema financiero ha sido la primera en producir normas para la realización de estas operaciones. Con la regulación en materia mercantil del comercio y la firma electrónicos y con las normatividades expedidas por el Ejecutivo (Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Secretaría de Economía) se tiene un marco jurídico suficiente para la práctica segura de estas operaciones. Esta comunidad de normatividad es otra institución común de todo el Sistema Financiero Mexicano.
- La instrumentación de la operación por estos medios ha requerido un cambio cultural y paradigmático importante, especialmente en el terreno del Derecho. Es reveladora la postura constructiva con que el notariado ha enfrentado el fenómeno de la incorporación de las tecnologías de la información a la celebración de actos jurídicos: "...los notarios...no vemos en la contratación electrónica un peligro que pueda convertirnos en instrumentos obsoletos del sistema de seguridad jurídica, sino un nuevo campo en el que podemos seguir prestando como desde hace siglos, importantes dosis de seguridad y confianza." (Declaración de 2 de octubre de 1998 de la Unión Internacional del Notariado Latino.).

10.- LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PÚBLICO USUARIO DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

- En el Sistema Financiero Mexicano existen una serie importante de instituciones concebidas y destinadas a proteger los intereses del público y, de esta manera, proteger el funcionamiento de un sistema financiero con confianza y, por ende, operativo en beneficio del país. Una tendencia en esta materia es la de ir

extendiendo cada institución a la generalidad de entidades que operan en el sistema, resultará conveniente continuar esa extensión y proveer uniformidad de criterios aunque con las diferencias que cada mercado específico exija.

11.- DELITOS E INFRACCIONES.

- En búsqueda de la unificación de la legislación penal de todos los Estados de la República, Don Gerardo Laveaga, Director General del Instituto Nacional de Ciencias Penales ha dicho en un artículo: “Resulta ingenuo aspirar a la consolidación de nuestro Estado de Derecho mientras subsistan tantos códigos tan diferentes, reflejo de las divisiones que aún lastiman a nuestro país, para beneficio de muy pocas personas” (Artículo motivado por la disertación del Procurador General de la República durante el Encuentro entre Presidentes de Tribunales Superiores y Procuradores Generales de Justicia en agosto de 2003.) Podríamos aplicar esta idea, *mutatis mutandi*, a lo que sucede en la legislación financiera, la proliferación de normas penales en los distintos cuerpos legislativos, fruto de épocas e intereses diversos provoca que se haga nugatorio el propósito de tales normas: prevenir que se den conductas fuera del sano desempeño del Sistema Financiero Mexicano y perseguir y castigar a quienes abusan y distorsionan su operatividad en beneficio de la comunidad. Convendrá tener bien precisas las conductas que agredan a los bienes jurídicos protegidos por la legislación financiera, que no tengan ya un trato en el código penal y producir una legislación sencilla y clara en ese sentido.
- Las facultades sancionadoras de las autoridades del sistema financiero muestran un patrón consistente en cuanto a las conductas a sancionar, la autoridad sancionadora, los sujetos de la sanción, las medidas usadas y el procedimiento de aplicación.

12.- MISCELÁNEA CORPORATIVA DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

- El Sistema Financiero Mexicano y la normatividad que lo rige son de interés público. Ésta lleva por propósito: regular las operaciones de intermediación financiera, las entidades que las realizan, la actividad de las autoridades financieras que supervisan el sistema, regular el mercado, procurando un sano y equilibrado desarrollo del sistema, fomentando una sana competencia, minimizando el riesgo sistémico y protegiendo los intereses del público.
- El régimen normativo hermético de la operación del Sistema Financiero Mexicano se compone por: 1º, las leyes propias, 2º la legislación mercantil, 3º los usos mercantiles, 4º la legislación civil y 5º por algunas normas relativas a fenómenos específicos de procedimiento.
- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la encargada de interpretar para efectos administrativos las leyes financieras y la normatividad secundaria que de ellas emana.

- Las instituciones financieras operan en función de una autorización otorgada por las autoridades del Sistema la cual es otorgada y puede ser revocada en los casos que establece la ley.
- Existe un régimen que regula el que las autoridades atiendan las peticiones de las entidades intermediarias señalando plazos tras los cuales debe entenderse que se ha resuelto negativamente.
- En instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, la ley ha establecido una presunción de acreditada solvencia y en todos los intermediarios se han venido reforzando medidas para asegurar que operen en términos de solvencia.
- Las entidades intermediarias deben cuidar la manera como invierten sus recursos económicos a fin de mantener una posición de salud y de solvencia aplicando, en muchas ocasiones, estándares mundiales. En general puede decirse que los recursos deben invertirse en actividades propias del objeto social de la entidad, inmuebles, mobiliario y equipo, gastos de instalación, inversión en valores gubernamentales y en capitales de riesgo de empresas auxiliares y de inversión.
- El Sistema Financiero Mexicano se ha abierto a la inversión extranjera de modo que se permite no sólo la presencia de capital extranjero en los intermediarios mexicanos sino también la posibilidad de que entidades financieras del exterior operen grupos financieros o entidades intermediarias mexicanas. Asimismo es posible la operación de oficinas de representación de entidades extranjeras que no podrán practicar operaciones o el establecimiento de sucursales que sólo podrán operar con residentes en el extranjero.
- La emisión de obligaciones subordinadas, convertibles o no, preferentes o no, es un sistema de financiamiento usado con frecuencia por las entidades intermediarias, la legislación ha sido prolija en su regulación y parece ser deseable una reordenación para dar uniformidad al tema.
- El manejo contable de la información financiera de los intermediarios es motivo de una prolija regulación y atención de parte de la ley y de las autoridades supervisoras, se trata de un elemento clave en la salud del sistema financiero y de la economía del país. La tendencia ha sido el mantenerse dentro de los estándares que mundialmente se aplican a fin de mantener la competitividad y participación en el contexto de la economía global.
- Para los empleados del sistema financiero existen dos regímenes laborales: uno el común y corriente del apartado A del artículo 123 para la mayor parte de empleados del Sistema y el del Apartado B, fracción XIII bis del artículo 123 para los empleados de las entidades de la Administración Pública.

13.- MISCELÁNEA OPERATIVA DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

- Para la apertura y cierre de sucursales u oficinas se requiere dar aviso a las autoridades con un período de antelación y con permiso previo si se trata de oficinas en el extranjero.

- En materia de poderes las normas que tratan de hacerlos más sencillos no han operado correctamente y se ha privilegiado el uso de la legislación común para su expedición.
- La certificación de los saldos y los estados de cuenta de las operaciones de los clientes de intermediarios financieros sirven para dar una base procesal a la vía ejecutiva. Cambios producto de la jurisprudencia y de la legislación han venido haciendo muy compleja esta emisión e incluso la retiraron para las operaciones hechas exclusivamente en forma electrónica. Es de esperarse que este sea un tema sobre el cual el legislador rehaga la figura de manera sencilla.
- La publicidad que los intermediarios hagan de sus productos y servicios es objeto de regulación por la autoridad financiera a fin de preservar sanas prácticas de intermediación.
- El establecimiento de medidas de seguridad para las instalaciones financieras es preocupación de las instituciones desde luego, de las autoridades supervisoras del sistema financiero y de las autoridades locales que tienen la responsabilidad de procurar servicios de policía y protección a la ciudadanía.
- Siguiendo una norma constitucional, las Entidades Federativas no pueden legislar sobre intermediación y servicios financieros lo cual incluye la materia fiscal alrededor de los mismos.

Siglas y abreviaturas usadas

CC 84	Código de Comercio de (1884)
CC 89	Código de Comercio de (1889)
CFF	Código Fiscal de la Federación
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CPF	Código Penal Federal
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
CON SAR	Comisión Nacional de los Sistemas de Ahorro para el Retiro
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros
IPAB	Instituto para la Protección del Ahorro Bancario
LA	Ley Aduanera
LACP	Ley de Ahorro y Crédito Popular (2001)
LAE	Ley del Ahorro Escolar (1944)
LAGD 00	Ley sobre Almacenes Generales de Depósito (1900)
LAN	Ley de Aguas Nacionales
LBA 1830	Ley que establece un Banco de Avío (1830)
LBF	Ley de Bancos de Fideicomiso (1926)
LBM 25	Ley que crea el Banco de México (1925)
LBM 93	Ley del Banco de México (1993)
LBR	Ley sobre Banco Refaccionarios (1924)
LCM	Ley de Concursos Mercantiles (2000)
LCMM	Ley de la Casa de Moneda de México
LCNBV	Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (1995)
LCP	Ley de Crédito Popular (1935)
LCS	Ley sobre el Contrato de Seguro (1935)
LDRS	Ley del Desarrollo Rural Sustentable
LFAFFSCAPAA	Ley que crea el Fideicomiso que Administrará el Fondo para el Fortalecimiento de Sociedades y Cooperativas de Ahorro y Préstamo y de Apoyo a sus Ahorradores (2000)
LFEP	Ley Federal de Entidades Paraestatales
LFIF	Ley Federal de Instituciones de Fianzas (1950)
LFPC	Ley Federal de Protección al Consumidor
LGIC 1897	Ley General de Instituciones de Crédito (1897)
LGIC 32	Ley General de Instituciones de Crédito (1932)
LGICEB 1924	Ley General de Instituciones de Crédito v Establecimientos Bancarios (1924)
LGICEB 1926	Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (1926)
LGICOA 41	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (LGICOA) 1941
LGISMS	Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LGISMS) 1935
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LGOAAC	Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito 1985
LIA	Ley del Impuesto al Activo
LIE	Ley de Inversión Extranjera
LIC	Ley de Instituciones de Crédito (1990)
LISR	Ley del Impuesto Sobre la Renta

INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

LIVA	Ley del Impuesto al Valor Agregado
LMEUM	Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (LMEUM) 1931
LMV	Ley del Mercado de Valores (1975)
LOBANSF	Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros. 2001
LOBM 84	Ley Orgánica Banco de México (1984)
LOBNCE	Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior 1986
LOBNOSP	Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos 1986
LOFR	Ley Orgánica de la Financiera Rural 2002
LONF	Ley Orgánica de Nacional Financiera
LONF	Ley Orgánica de Nacional Financiera 1986
LOSHF	Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal 2001
LPAB	Ley de Protección al Ahorro Bancario (1999)
LPDUSF	Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (1999)
LPTOSF	Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros
LR123CPEUM	Ley Reglamentaria de la Fracción XIII bis del apartado B del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1983)
LRAF	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (1990)
LRSIC	Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia (2003)
LRSBPC 82	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (1982)
LRSBPC 85	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (1985)
LRVRME	Ley Reglamentaria de La Fracción XVIII del Artículo 73 Constitucional en lo que se Refiere a la Facultad del Congreso para Dictar Reglas para Determinar el Valor Relativo de la Moneda Extranjera
LSAR	Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (1996)
LSI 1985	Ley de Sociedades de Inversión (1985)
LSI 2001	Ley de Sociedades de Inversión (2001)
LSP	Ley de Sistemas de Pagos (2002)
LSPBEB 1924	Ley de Suspensión de Pagos de Bancos o Establecimientos Bancarios (1924)
LTFCCG	Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado (2002)
LTOSF	Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (2004)
PEF	Presupuesto de Egresos de la Federación
Se usan sin siglas:	
	Decreto complementario de la Nacionalización 6 septiembre 1982
	Decreto de Nacionalización de la Banca 1° septiembre 1982
	Ley Federal de Turismo
	Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal.
	Ley Reglamentaria de La Fracción XVIII del Artículo 73 Constitucional en lo que se Refiere a la Facultad del Congreso para Dictar Reglas para Determinar el Valor Relativo de la Moneda Extranjera (1982)

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Nuevo Derecho Bancario. Editorial Porrúa, México 1995
- ACOSTA ROMERO MIGUEL. Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A. México 1978.
- ACOSTA ROMERO, MIGUEL Y DE LA GARZA CAMPOS, LAURA ESTHER. Derecho Laboral Bancario. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988. Páginas 10 y siguientes.
- ALCOCER LUGO, GUSTAVO. “Marco Jurídico del Contrato de Factoraje”. Tesis profesional Universidad Intercontinental. México 1991.
- ALVAREZ MORALES, EDUARDO . El Fideicomiso en México y su viabilidad en España. Banco de Bilbao, Banco Nacional de México. Madrid 1979.
- AUTORES VARIOS. El Banco de México en la Reconstrucción Económica Nacional. Editorial Jus. México 1996.
- BANCA ELECTRÓNICA, revista números de Marzo y Abril de 1996, los artículos “LA PROTECCIÓN DEL PINPAD EN LAS OPERACIONES DE DÉBITO”, de la Compañía Verifone, traducción de Ma. Guadalupe Ramírez Tapia y “CRIPTOGRAFÍA” por Ignacio Mendívil Gutiérrez.
- BANCO DE ESPAÑA. Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1991. Imprenta del Banco de España. Madrid 1992.
- BÁTIZ VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO. Orígenes de la Banca en México. 1821 - 1911. Tesis para la Licenciatura en Historia. UNAM. México 1982.
- BAUMOL , WILLIAM J. Y BLINDER , ALAN S. Economics. HBJ Publishers. Orlando Flo. USA. 1985.
- BLACK , HENRY CAMPBELL . Black’s Law Dictionnary. Fifth edition. West Publishing Co. St.Paul Minn. USA. 1979.
- BONET SÁNCHEZ , JOSÉ IGNACIO. Contratos Bancarios. Cien preguntas clave y sus respuestas. Dykinson S.L. Madrid 1997.
- BONFANTE , PIETRO. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus , 1955
- BONFANTI, MARIO A. , Contratos Bancarios. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires . 1993.
- BONNECASE , JULIEN . Tratado Elemental de Derecho Civil. Harla. México, 1993.
- BORJA MARTÍNEZ , FRANCISCO. Derecho Monetario. Editorial Mac Graw Hill. México 1997.
- BOSS, AMELIA H. Y RITTER JEFFREY B. -Electronic Data Interchange Agreements. International Chamber of Commerce, Paris, 1993.
- BREALEY, RICHARD AND MYERS, STEWART Principles of Corporate Finance. 2nd edition. Mac Graw Hill, New York, 1984.
- CÁMARA DE DIPUTADOS.- XLVI Legislatura.- Derechos Fundamentales del Pueblo Mexicano. México 1967.
- CARVALLO YÁÑEZ, ERICK Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Porrúa, México 1995
- CERVANTES AHUMADA , RAÚL. Títulos y Operaciones de Crédito. Librería de Manuel Porrúa S.A. México, 1954.
- COTTELY, ESTEBAN Derecho Bancario. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1956
- D’ORS, ALVARO. Derecho Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1991.

- DAUPHIN - MEUNIER , A.. Historia de la Banca. Vergara Editorial. Barcelona España.
- DÁVALOS MEJÍA , CARLOS FELIPE. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Editorial Harla. México 1992.
- DE ALBA MONROY, JOSÉ DE JESÚS ARTURO. El Mercado de Dinero y Capitales y El Sistema Financiero Mexicano”. Editorial Pac, SA de CV. México 2000.
- DE CHURRUCA, JUAN . “Pignus”. Capítulo de la Obra : Derecho Romano de las Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1994.
- DE LA PEZA, JOSÉ LUIS “ El Factoraje”, conferencia impartida en el Jurídico de Banco Nacional de México en febrero de 1995
- DEANE, MARJORIE AND PRINGLE, ROBERT. The Central Banks. Viking, Penguin Group. New York, U.S.A. 1994.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA. Porrúa-UNAM, México 2002.
- FOLCO, CARLO. II Sistema del Diritto Della Banca. Dott. A. Giuffre-Editore. Italia 1959
- FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México 1962.
- GARCÍA CASTILLO TONATIUH. En *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Porrúa-UNAM, México 2002
- GARCÍA DE LUCA, FERNANDO en “Banks & Securities Firms: The Glass Steagall Act Diluted.” Reid & Priest’s International Business Transactions Newsletter. May 1997.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. Décima edición. México 1961.
- GARCÍA VELASCO, GONZALO. Las Minorías en las Sociedades Anónimas. Editorial Porrúa, México, 2005.
- GARCÍA-PELAYO Y GROSS, RAMÓN. Pequeño Larousse. Ediciones Larousse, Editorial Noguer, Barcelona, 1974.
- GARRIGUES , JOAQUÍN. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A.
- GAVALDA ET STOUFFLET. Droit de la Banque. Presses Univesitaires de France. París 1974.
- GETTELL RAYMOND. Historia de las Ideas Políticas. Edinal S. de R.L. México 1959.
- GÓMEZ ECHAVARRÍA, FELIPE DE JESÚS “Las Cajas de Seguridad”. Ponencia presentada al Círculo de Estudios de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, A.C
- GÓMEZ GORDOA , JOSÉ. Nueva ley de Instituciones de Crédito (en Homenaje a Manuel Borja Martínez. Porrúa, México 1992.
- GÓNGORA PIMENTEL , GENARO DAVID . La Prenda Mercantil. Revista LEX, Abril 1997,
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO. Ley de Instituciones de Crédito. Los Delitos Bancarios. Edición del autor. México 1998.
- GREGORIO ROBLES NAVAS. “*Dinero Electronico - Surgimiento e evolucion en Brasil*”, en el seno del XI Congreso Latinoamericano de Automatización Bancaria cuya memoria fue publicada por Federación Latinoamericana de Bancos. Bogotá Colombia, 1987.
- GUIDI, KAWAS. Vida y Obra de Rodrigo Gómez Gómez. Imprenta Madero S.A. de C.V. México, 1990.
- HAMDAN AMAD FAUZI. Breves Reflexiones sobre la Inconstitucionalidad de los llamados Reglamentos Autónomos y Gubernativos y de Policía. Artículo en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho No.

2. México 1978.

- HAMDAN AMAD, FAUZI. Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo. Cámara de Senadores. México 2002.
- HERRERA TORRES, GUSTAVO. La Jurisprudencia en Bancos e Instituciones Financieras. Péreznieto Editores. México 1994
- HERSKOVITS, MELVILLE J. .- El Hombre y sus Obras, Fondo de Cultura Económica. México, 1964
- IGLESIAS , JUAN . Derecho Romano. Editorial Ariel S.A. Barcelona , 1993.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. El Derecho de la Contratación Electrónica. *Civitas. Madrid 2001*
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Décima Primera edición. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Octava Edición. Editorial Porrúa S.A. México , 1995.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. Current Legal Issues Affecting Central Banks. International Monetary Fund. Washington USA. 1992
- ITURBIDE GALINDO, ADRIÁN La seguridad jurídica en la contratación y la evolución Tecnológica.. *Revista Académica Facultad de Derecho Universidad La Salle.*
- LAGUNILLA IÑÁRRITU, ALFREDO. Historia de la Banca y Moneda en México. Editorial JUS, México, 1981,
- LARICCIA, SERGIO. Diritto Amministrativo. CEDAM, Padova Italia, 2000.
- LASH, NICHOLAS A. Banking Laws and Regulations. Prentice Hall, Inc. New Jersey U.S.A. 1987.
- LAVEAGA, GERARDO. “Unifiquemos nuestros códigos penales”. Artículo motivado por la disertación del Procurador General de la República durante el Encuentro entre Presidentes de Tribunales Superiores y Procuradores Generales de Justicia en agosto de 2003.
- LEÓN BOLAFFIO. Derecho Mercantil. Editorial Reus, S.A. 1935.
- Los Servicios Financieros en México y la Organización Mundial de Comercio. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 111, septiembre diciembre 2004. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- LOVETT, WILLIAM A. Banking and Financial Institutions Law. West Publishing Co. St. Paul Minn, U.S.A. 1992
- MAILHER DE CHASSAT, M.A. Traité de L’Interprétation des Lois. Videcoq Librarire Editeur. Paris Nouvelle Edition, 1845.
- MANSELL CARSTENS, CATHERINE. Las Nuevas Finanzas en México. Editorial Milenio. México. 1994
- MARGADANT , GUILLERMO F. Derecho Romano. Editorial Esfinge, S.A. 1966.
- MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL Delitos Bancarios. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997.
- MARTÍNEZ GIL, JOSÉ DE JESÚS. Manual Teórico Práctico de Seguros. Editorial Porrúa, tercera edición, México, 1995.

- MÉJAN , LUIS MANUEL C. .- Transferencia Electrónica de Fondos. Aspectos Jurídicos.- Fomento Cultural Banamex, A.C.- México 1990.
- MÉJAN, LUIS MANUEL C. La Competencia Federal en Materia de Concurso Mercantil. Primera reimpresión, Consejo de la Judicatura Federal. México 2004.
- MÉJAN, LUIS MANUEL C. La Contratación por medios electrónicos de operaciones del sistema financiero mexicano. Número 21 de la Revista de Derecho Privado del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Mac Graw Hill. México septiembre-diciembre 1996.
- MESSINEO , FRANCESCO. Operaciones de Bolsa y Banca., Beach, Casa Editorial, Barcelona.
- MONTAÑO SALAZAR, ALEJANDRO. Delitos Financieros en México, Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 2002
- MORENO RAMÍREZ, ILEANA. Los Órganos Autónomos a Nivel Constitucional. Tesis Profesional. ITAM. México, 2004.
- OFFICE OF THE BANKING OMBUDSMAN. The Banking Ombudsman Scheme. Terms of Reference. Folleto publicitario publicado por la, en Enero de 1997, en Londres, Inglaterra.
- OMEBA, ENCICLOPEDIA JURIDICA. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, Argentina.
- ORIO LLEBOT MAJÓ , JOSÉ. Grupos de Entidades de Crédito. Editorial Civitas S.A. Madrid 1993
- ORTIZ MARTÍNEZ, GUILLERMO Y OTROS. La Reforma Financiera y la Desincorporación Bancaria. F.C.E. México, 1994
- OSORNIO CORRES, FRANCISCO JAVIER. Aspectos Jurídicos de la Administración Financiera en México. UNAM. México 1992.
- PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO.- La contratación por medios electrónicos. en Homenaje a Manuel Borja Martínez. Editorial Porrúa. México, 1992.
- PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1963.
- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones S.de R.L. México 1981.
- PEAT MARWICK. Banking in the United States Peat Marwick New York N.Y. 1986
- PÉREZ DAYÁN, ALBERTO. Teoría General del Acto Administrativo. Editorial Porrúa. México, 2003.
- PÉREZ DE LEÓN, ENRIQUE. *Notas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Editorial Porrúa México 1986.
- PÉREZNIETO CASTRO, LEONEL. La Ley Modelo Interamericana Sobre Garantías Mobiliarias. Artículo en Revista de Derecho Internacional Privado
- PLANIOL , MARCEL. RIPERT , GEORGE. Derecho Civil. Harla. México, 1996.
- PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGE; Derecho Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1996.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. Los Delitos contra el Orden Económico. Editorial Porrúa México 1999.
- QUINTANA ADRIANO, ELVIA ARCELIA Ciencia del Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 2002 página 20.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia Los Servicios Financieros En México y la

- Organización Mundial de Comercio. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 111, septiembre diciembre 2004. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid 1992
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Madrid 2001.
- REYES KRAFT, ALFREDO. La Firma electrónica y las Entidades de Certificación. Tesis Doctoral, Universidad Panamericana. México 2002
- RIGHI, ESTEBAN. Los Delitos Económicos. Ad Hoc S de R L. Villela editor. Buenos Aires, 2000.
- RITTER, LAWRENCE S. / SILBER, WILLIAM L. Principles of, Money, Banking, and Financial Markets. 5th edition. Basic Books, Inc. Publishers. New York. 1985.
- RIVES-LANGES, JEAN-LOUIS , CONTAMINE-RAYNAUD, MONIQUE. Droit Bancaire. Éditions Dalloz. Paris, 1995.
- ROBERT . *The Central Banks*. Viking, Penguin Group. New York, U.S.A. 1994.
- RODRÍGUEZ AZUERO , SERGIO. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. FELABAN, Bogotá 1990 (Cuarta edición).
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JOAQUÍN. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México 1966.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JOAQUÍN. Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A. México 1964
- ROLDÁN XOPA, JOSÉ. Constitución y Mercado. Editorial Porrúa. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México 2004.
- RUIZ MORENO , ÁNGEL GUILLERMO . Las Afore. Editorial Porrúa. México 1997
- RUIZ TORRES, HUMBERTO. Elementos de Derecho Bancario. Mc Graw Hill, México, 1997.
- SÁNCHEZ GAVITO, INDALECIO Y MACEDO, PABLO. La Cuestión de Bancos. Imprenta de Francisco Díaz de León. México, 1885.
- SANTOS, VICENTE . El Contrato Bancario. Concepto Funcional. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Bilbao. Bilbao, 1972.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México. 1957
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación Bancaria. México, 1980.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Legislación sobre el Banco de México. México 1958
- SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA. Prontuario de Disposiciones Jurídicas para Secretarías y Departamentos de Estado. México 1970.
- SERRA ROJAS ANDRÉS. Derecho Administrativo. Librería Manuel Porrúa, S.A. México 1965.
- SERRA ROJAS, ANDRÉS. Derecho Administrativo. Segundo Curso. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 2000.
- SERRANO GARCÍA , IGNACIO . La Hipoteca de Establecimiento Mercantil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Imprenta Murguía, Tercera Parte, Segunda Sala.
- TÉLLEZ VALDÉS , JULIO.- Derecho Informático.- Mc Graw-Hill. México 1996.
- THOMASSET, CLAUDE. Interpréter le Droit: Le sens, L'interprète, La Machine. Bruylant Bruxelles. Belgique, 1997.

- TOFFLER, ALVIN.- La Tercera Ola, Edivisión, México 1981.
- TRIGUEROS , EDUARDO . La Apertura de Crédito en Bancos. Banco Nacional de México, S.A. México 1939.
- TURCOTT-MOGUEL. AUGUSTO. Financial Market Regulations: Recent Developments and implications in the Mexican Legal Framework, Master of Laws Dissertation. University of Warwick . United Kingdom.
- UNCITRAL : United Nations Commission for International Trade Law. INFORME DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 29° PERÍODO DE SESIONES. JUNIO DE 1996. Naciones Unidas. Nueva York. 1996.
- VARGAS ISLAS , MARIO EMILIO. Tesis Profesional. El Descuento de Créditos en Libros.. UNAM. 1972.
- VARIOS AUTORES. Notariado y Contratación Electrónica. *Colegios Notariales de España*.
- VAUPLANE , HUBERT DE ; BORNET , JEAN PIERRE. Droit de Bourse. Litec. Libraire de la Cour de Casation. Paris , 1994.
- VÁZQUEZ PANDO, FERNANDO. Derecho Monetario Mexicano. Editorial Harla. México, 1991
- VICENTE Y GELLA , AGUSTÍN. Introducción al Derecho Mercantil Comparado, Editorial Nacional, S.A.
- WEIL , ALEX; TERRE , FRANÇOIS. Droit Civil. Éditions Dalloz. Paris 1986.
- ZAMORA PIERCE JESÚS, Transferencia ilícita de recursos depositados en bancos. Editorial Porrúa . México 2006.
- ZIPF, HEINZ. Introducción a la Política Criminal. páginas 3 y 4
- ZUNZUNEGUI FERNANDO. Derecho del Mercado Financiero. Marcial Pons. Madrid 1997.