



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“INCOSTITUCIONALIDAD DEL
SERVICIO PUBLICO DE BANCA
EN MEXICO”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

LIZBETH ZARATE CORTES

ASESOR: MANUEL GRANADOS COVARRUBIAS



MÉXICO D.F.

2010.



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.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	---

CAPÍTULO I

I. MARCO CONCEPTUAL

I.1 Conceptos Jurídicos Fundamentales	2
--	---

I.1.1 Constitucionalidad	2
--------------------------	---

I.1.2 Inconstitucionalidad	5
----------------------------	---

I.1.3 Servicio de Banca y Crédito	5
-----------------------------------	---

I.1.4 Servicio público	8
------------------------	---

I.1.5 Autorización	12
--------------------	----

I.1.6 Concesión	24
-----------------	----

1.2 CONCEPTOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES	28
---	----

1.2.1 Banco	28
-------------	----

1.2.2 Costos de transacción	33
-----------------------------	----

1.2.3 Economías de alcance	34
----------------------------	----

1.2.4 Economías de escala	35
---------------------------	----

1.2.5 Seguro de liquidez	35
--------------------------	----

1.2.6 Intermediación	36
----------------------	----

CAPÍTULO II

2. MARCO HISTÓRICO

INTRODUCCIÓN	42
---------------------	----

2.1 Antecedentes	42
2.2 Evolución de la banca en México	51
2.2.1 Banca Privada	54
2.2.2 Banca nacionalizada o pública (1982- 1990)	59
2.2.3 Banca burocrática	63
2.2.4 Banca reprivatizada (1990)	64
2.3 CRISIS ECONÓMICA DE 1994	65
2.4 EL SISTEMA BANCARIO ACTUAL	68

CAPÍTULO III

3. SERVICIO PÚBLICO DE BANCA

INTRODUCCIÓN	76
3.1 Servicio público	76
3.1.1 Servicio público propio	79
3.1.2 Servicio público impropio	80
3.2 Actividades de interés público	81
3.3 Autorización y concesión	83

CAPÍTULO IV

4. INCONSTITUCIONALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA

INTRODUCCIÓN	
4.1 Rectoría Económica del Estado	94
4.2 Participación extranjera en la banca mexicana	95

4.3 Análisis de los artículos 3° Y 25° constitucionales	111
4.4 Caso Banamex, SU INCONSTITUCIONALIDAD	116
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFIA	125

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico mexicano en las últimas décadas ha sufrido los vaivenes económicos internacionales, pero más aun la lucha de intereses por el poder al no tener definida una política de estado que beneficie a la sociedad.

La investigación de este trabajo obedece a saber si el Estado Mexicano ha violentado el estado de derecho, si ha respetado los preceptos constitucionales de rectoría económica y legalidad, si ha quebrantado el orden jurídico nacional, y con ello, permitido que intereses internacionales se apoderen cada día de sectores estratégicos del país.

Iniciamos por una revisión conceptual de aspectos jurídicos y económicos que se utilizan durante el desarrollo del mismo. Partimos de aspectos como la constitucionalidad e inconstitucionalidad, con el propósito de saber si las reformas jurídicas del servicio público de banca han sido apegadas a nuestra Ley Suprema.

Otro aspecto fundamental es el saber distinguir entre dos componentes jurídicos del derecho administrativo como son la autorización y la concesión. Lo anterior nos llevará a entender de mejor forma el marco histórico de la banca en México y su distinción entre banca privada, nacionalizada, público o burocrática.

En una tercera etapa de la investigación, daremos especial énfasis al análisis del servicio público de banca y distinguir esta actividad de interés público y la obligación del estado por prestar este servicio como eje de su rectoría.

El último capítulo está enfocado a hacer un análisis constitucional de la participación extranjera en la banca mexicana y saber si estos entes económicos tienen o no salvaguardados sus derechos constitucionales y si su participación como extranjeros no violenta los art. 3 y 25 constitucionales.

La Inconstitucionalidad del Servicio Público de Banca en México tiene como propósito encontrar el sentido social y el destino del capital de los

ahorradores en México y distinguir como los intereses económicos y políticos definen el orden jurídico nacional.

Los aspectos metodológicos que se utilizan son inductivo, deductivo, histórico y comparado; obedeciendo a una revisión sólo en la legislación nacional a partir de la época pre-colonial hasta la actual crisis económica del año de 2009.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL

I.I Conceptos Jurídicos Fundamentales

El primer componente en la metodología de investigación que se utiliza es el de la definición de conceptos que se habrán de utilizar a lo largo del presente trabajo para una mejor comprensión se ha utilizado en primer término el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española seguido de un Diccionario Jurídico, así como Diccionarios Especializados, para concluir con una opinión propia en relación a cada uno de estos conceptos.

I.I.I Constitucionalidad

La base fundamental en la gobernabilidad de los estados democráticos de derecho es la observancia y cumplimiento de su sistema constitucional. Por ello iniciamos con el análisis de este concepto.

El diccionario de la Lengua Española define el término constitucionalidad como cualidad de constitucional, y al término constitucional como perteneciente o relativo a la Constitución de un Estado¹.

El Diccionario de Derecho de Rafael de Pina nos dice que constitucionalidad es característica de un acto o norma que responde al sentido político-jurídico de una constitución.²

El término constitucionalidad proviene de la palabra *verfassungsmässigkeit*, expresado en alemán, cuyo significado es el de conformidad o correspondencia y *verfassung* que es constitución; esto significa que la correspondencia con la constitución es la constitucionalidad.³

Surge entonces una interrogante: ¿Qué es la constitución? Es la ley suprema de un país, pues consagra los derechos fundamentales de los gobernados (garantías individuales), a la vez que crea los poderes públicos y les

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª. Ed., 2001, en <http://www.rae.es/>, consultado el 10 de junio de 2009.

² De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 21 ed., México, Porrúa, 1995, p. 184.

³ Covián Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, Vol. 2, México, CEDIPC A.C., 2004, p. 563.

confiere sus principales atribuciones.⁴ Para Luciano Silva, la constitución es “la norma suprema, generalmente escrita que contiene los principios, reglas y disposiciones que rigen la organización, funcionamiento y atribuciones de los poderes públicos, organismos autónomos, así como las relaciones de éstos con los habitantes de un Estado, preservando sus derechos fundamentales llamados garantías individuales”.⁵

Por su parte, Miguel Carbonell nos explica que desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Constitución es la norma que determina la validez del resto del ordenamiento jurídico y que dicha determinación es de carácter tanto formal o procedimental como material o sustantivo. Así, desde el punto de vista procedimental, la Constitución determina la validez del resto de normas del ordenamiento ya que establece las competencias de los distintos poderes para dictar normas jurídicas.⁶

Siendo entonces la constitución la norma fundamental del orden jurídico mexicano, la constitucionalidad lleva inmersa la subordinación de las normas, así como las decisiones y acciones de los servidores públicos. La constitucionalidad de las normas es el apego, la adecuación formal (procedimiento de elaboración) y material (contenido) de las leyes a lo establecido en la constitución.⁷ De la Constitución se derivan la legalidad (constitucionalidad) o ilegalidad (inconstitucionalidad) de las leyes ordinarias.⁸

La legalidad de una norma tiene que ver precisamente con lo mencionado anteriormente, una adecuación en el procedimiento de elaboración, así como en su contenido para que estos no contravengan lo establecido en la constitución. Por lo tanto, si no se cumple con estas formalidades se hablaría de inconstitucionalidad, lo cual no está permitido de acuerdo al principio de inviolabilidad de la constitución. Al respecto, Ignacio Burgoa refiere que:

La inviolabilidad de la constitución denota un concepto que se vincula estrechamente a los de poder constituyente, supremacía, fundamentalidad y

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial de la Federación para Jóvenes*, 2ª. Ed., México, 2006, p. 2.

⁵ Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2008, p. 9.

⁶ Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, México, Fotomara, 2004, p. 17.

⁷ Diccionario Jurídico Espasa, España, Espasa Calpe, 1999, p. 399.

⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa, UNAM, 2007, p. 802.

legitimidad de tal ordenamiento jurídico político. Se afirma que la constitución es inviolable por que sólo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio de dicho poder, cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía. "Inviolabilidad", por ende, significa la imposibilidad jurídica de que la constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo.⁹

Dicho principio se encuentra previsto en el artículo 136 constitucional, que a la letra dice:

Esta constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se establecerá, su observancia y con arreglo a ella a las leyes que en su virtud se hubieran expedido, serán juzgados, así los que hubieran cooperado en ésta.

El principio de supremacía constitucional, se encuentra tutelado por el artículo 133, que reza:

Art. 133 Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Como observamos, dicho precepto establece que la Constitución está situada por encima de cualquier otra ley y en caso de que alguna norma o acción contravenga lo establecido en esta será la única que tenga validez.

⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 19ª. ed., México, Porrúa, 2007. p. 383.

1.1.2 Inconstitucionalidad

Una vez que hemos comprendido el concepto de constitucionalidad, la inconstitucionalidad implica no contar con una adecuación a la constitución, es decir, ir en contra a lo establecido en ésta.

Por lo anterior podemos concluir que el marco jurídico esencial del Estado Mexicano es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la que en ejercicio del pacto federal establece un régimen de observancia a estos principios normativos. Lo constitucional, en consecuencia, es lo que deriva de este acuerdo normativo fundamental.

Ahora bien, la inconstitucionalidad es definida como calidad de inconstitucional de un acto o norma;¹⁰ también, como la oposición de una ley, de un decreto o de un acto a los preceptos de la Constitución;¹¹.

De lo anterior, se advierte que la inconstitucionalidad se refiere a no sujetarse al orden jurídico nacional dado por su Ley Suprema., es decir ir en sentido contrario a lo establecido por el pacto normativo Federal.

En consecuencia, al haber distinguido estos dos conceptos estamos en posibilidad de saber si el cambio jurídico de la banca nacional ha estado apegado a los principios de legalidad derivados de nuestra carta magna.

I.I.3 Servicio de banca y crédito.

La banca es definida como el conjunto de entidades que tienen por objeto básico facilitar la financiación de las distintas actividades económicas; o como el conjunto de bancos y banqueros.¹²

Por otro lado, el crédito, del latín *creditum*, es la cantidad de dinero, o cosa equivalente, que alguien debe a una persona o entidad, y que el acreedor tiene derecho de exigir y cobrar; o bien, la situación económica o condiciones morales que facultan a una persona o entidad para obtener de otra, fondos o

¹⁰ De Pina, Rafael, *op. cit.*, nota 2, p.317.

¹¹ Real Academia Española, *op. cit.*, nota 1.

¹² *Idem.*

mercancías.¹³ Rafael de Pina, señala que crédito es el derecho que tiene una persona (acreedora) de recibir de otra (deudora), la prestación a que ésta se encuentra obligada.¹⁴

Cuando se habla de servicio, se entiende una actividad encaminada a satisfacer una necesidad, por tanto, el servicio de banca y crédito es una actividad tendiente a satisfacer necesidades de banca.

Retomando el tema de la banca, es importante conocer que:

Se trata de la actividad económica referida primordialmente a operaciones con dinero e instrumentos de crédito. Esta actividad se organiza y se cumple bajo forma del tipo de empresa que hace su profesión habitual de la recepción de dinero del público, bajo las modalidades de depósitos aceptados u otras, sujetos al retiro o transferencia por cheques; fondos que aquella emplea por su cuenta en operaciones de descuento, en operaciones de crédito, o en operaciones financieras. La banca conjuga así esencialmente dos tipos de operaciones cuya ligazón caracteriza su actividad: la gestión de los fondos depositados y el otorgamiento de créditos. Esta actividad implica además la posibilidad para la banca, por una parte la creación de moneda documental a través de los créditos otorgados que a su vez generan nuevos depósitos; y por la otra, el recurso a diversos medios de otorgamiento de crédito (creación de moneda, transformación de depósito a la vista o de ahorro líquido).

La categoría banca se desagrega así, en realidad y en la diversidad de países, según una amplia variedad de tipos y funciones primordiales: comercial (prestamos, inversiones, depósitos, ahorros); de fomento (construcción, vivienda, hipotecas), de seguros, financiera, industrial; agropecuaria, nacional, internacional.

La intensificación y estrechamiento de las relaciones económicas internacionales, y los problemas que en tales niveles se plantean en cuanto a operaciones de crédito, de inversiones y de transacciones monetarias entre países y regiones y a escala global, han multiplicado el número e importancia de las instituciones de banca internacional de inversiones (Instituciones del Consejo de Ayuda Económica Mutua o COMECON); Banco Interamericano de Desarrollo; Banco Europeo de Inversiones (Comunidad Económica Europea), etc.¹⁵

De la definición anterior, encontramos que el concepto de banca es muy amplio e incluye las operaciones de crédito, ya que encierra todas las operaciones activas y pasivas, servicios y productos que se ofrecen dentro de los espacios físicos o electrónicos que reciben el nombre de bancos tendientes a satisfacer las necesidades del público usuario.

La Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 2, menciona que el servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo,

¹³ *Idem.*

¹⁴ De Pina, Rafael, *op. cit.*, nota 2, p. 203.

¹⁵ Diccionario Jurídico 2000, Edición en Disco Compacto, Desarrollo Jurídico D.R., México. 2000.

lo que indica que el servicio de banca y crédito, para calificarse como tal, debe ser realizado por los intermediarios bancarios antes mencionados; de ahí que si las actividades correspondientes a éstos son realizados por otros entes financieros, sólo se considerarán como observaciones financieras. Dicho precepto define al servicio de banca y crédito como la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.

Existe captación de recursos del público cuando: a) se solicite, ofrezca o promueva la obtención de fondos o recursos de persona indeterminada o mediante medios masivos de comunicación, y b) se obtengan o soliciten fondos o recursos de forma habitual o profesional.

Esto comprende principalmente, los depósitos que realizan las personas físicas y morales en las instituciones de crédito a través de ventanillas y los préstamos que las propias personas físicas y morales le realizan a las instituciones de crédito, incluyendo los gobiernos.

De conformidad con los artículos 267 y 268 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los depósitos bancarios pueden ser irregulares y regulares. Irregulares cuando en virtud de contrato de depósito, el depositante transfiere al depositario la propiedad de los bienes depositados y éste queda obligado a restituir la suma depositada en la misma especie. Regulares si en razón del contrato, el depositante no transfiere la propiedad de los bienes depositados como lo son los depósitos que se constituyen en caja, saco o sobre cerrado.

Los más comunes son los depósitos irregulares y se clasifican en: a) a la vista, se les denomina así porque el depositante puede disponer libremente de este en todo momento; b) retirables en días previstos, y c) a plazo.

La colocación de recursos en el público. se refiere especialmente a los créditos que las instituciones de crédito otorga a las personas físicas y morales que requieren recursos quedando éstas obligadas a pagar intereses por dicho

servicio, éstas son las llamadas operaciones activas y podemos mencionar la siguientes;

- a) Apertura de crédito
- b) Créditos para la producción
- c) Descuento
- d) Contrato de cuenta corriente
- e) Cartas ordenes de crédito
- f) Reporto
- g) Tarjetas de crédito
- h) Prenda mercantil.

De un análisis conceptual y normativo de estos conceptos, podemos concluir que el sistema financiero mexicano tiene un enorme potencial que se desarrolla a través de instituciones financieras como la banca, que por su trascendencia realizan manejos de capital líquido y crediticio derivado de los ahorros que cada usuario realiza ante las distintas instituciones financieras.

El sistema de pagos, la balanza comercial, los créditos, la emisión de títulos de deuda, entre otros, son responsabilidad del Estado Mexicano a través de un Banco Central y de Autoridades Financieras como la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de las Instituciones Financieras y por supuesto, la participación de la Banca de Desarrollo en la operación de todas estas actividades.

1.1.4 Servicio Público

El Estado tiene la obligación de prestar bienes y servicios a usuarios que lo requieran, con el propósito de satisfacer demandas prioritarias a través del servicio público, por lo que es imprescindible atender a su definición.

Este concepto surge como una técnica de intervención administrativa, y es en Francia donde nacen las primeras definiciones con Duguit en la escuela de Burdeos definiéndolo como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no

pueda ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.

Este concepto ya ha sido ampliamente superado, especialmente cuando los servicios públicos comenzaron a ser proporcionados por particulares, ya que este criterio atiende principalmente a la persona que puede realizar esa actividad.

Al intentar definir qué es un servicio público, se desarrollaron conceptos que incluyeron no sólo a la persona que satisface esta necesidad (en este caso sería el Estado o un particular a través de una concesión, permiso, autorización o cualquier otra forma que el orden jurídico positivo permita), sino también a las disciplinas jurídicas que rigen la actividad, así como la naturaleza de la misma.

Rafael de Pina define al servicio público como el complejo de elementos personales y materiales, coordinados por los órganos de la administración pública, y destinados a atender una necesidad de carácter general que no podría ser adecuadamente satisfecha por la actividad de los particulares, dados los medios de que éstos disponen normalmente para el desarrollo de la misma.¹⁶

En ese sentido, Fauzi Hamdan Amad refiere que:

En nuestro país el criterio que predomina es el mixto a ecléctico, o sea, tanto el orgánico como el funcional, pues sólo existe servicio público en sentido estricto cuando es prestado por la administración pública en forma directa, o bien a través de concesionarios (criterio orgánico) y además, cuando la prestación recaiga sobre una actividad que interese a toda la colectividad como una necesidad derivada de la vida en común (criterio funcional o material). En nuestro derecho, la actividad que desarrollan los particulares sin que medie concesión por parte de la autoridad administrativa no es calificada como servicio público.¹⁷

Por su parte, Serra Rojas afirma que es una actividad técnica, directa o indirecta de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva, sujeta a un régimen especial de derecho público.

Al respecto, existe una crítica a esta definición ya que al asegurar que es controlada sin ánimo de lucro, se produce un conflicto con la realidad que muestra

¹⁶ De Pina, Rafael, *op. cit.*, nota 2, p. 453.

¹⁷ Hamdan Amad, Fauzi, *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, México, Porrúa, 2008, p. 33.

sin lugar a dudas que sí existe lucro en el servicio, como lo veremos más adelante.

En ese tenor, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha referido:

El estado para dar satisfacción en forma regular y continua a ciertas categorías de necesidades de interés general, puede determinar qué actividades pueden ser consideradas como servicio público y establecer, desde luego, un régimen jurídico especial que tenga por objeto facilitar el que se satisfagan rápida y cumplidamente las necesidades que determinela declaración del servicio público. El estado puede prestar directamente el servicio o bien darlo en concesión que se otorgue a particulares o empresas, pero en ambos casos es indispensable que mediante el poder legislativo se haga la declaración respectiva y se reglamente el servicio.¹⁸

Esta mención hace referencia principalmente al hecho de que el servicio público debe estar determinado por normas para que lo sea, sin darnos un concepto de servicio público, sin embargo, resulta útil porque nos da elementos que nos ayudan a comprender o formar una definición con mayor precisión.

Narciso Sánchez Gómez hace un resumen de las diversas ideas de servicio público, refiriendo de manera integral un concepto más amplio:

El servicio público centra su esencia como una actividad técnica desarrollada por el estado y los particulares, ya sea en forma privativa, concurrente o coordinada, destinada a satisfacer necesidades colectivas de carácter material, económico, cultural, espiritual, mediante prestaciones concretas, individualizadas o generalizadas y sujetas a un régimen de derecho público bajo los principios de generalidad, igualdad, obligatoriedad, adecuación, regularidad y uniformidad.¹⁹

Este autor nos explica cada uno de los elementos que integran esta definición, los cuales desarrollaremos a continuación para comprenderla mejor.

Se hace referencia a una actividad técnica porque requiere de un conocimiento pleno de la serie de procedimientos, recursos y medios de acción que se necesitan para ejecutarla y cumplirla fielmente, cuando menciona que es desarrollada por el Estado en forma privativa. Podemos ejemplificar con servicios como la defensa nacional, explotación de hidrocarburos, emisión de billetes y monedas; concurrentemente, cuando se prestan servicios como educación, salubridad y asistencia social, coordinadamente, en actividades económicas como el comercio o algún otro tipo de prestación de servicios que demande la sociedad.

¹⁸ Poder Judicial de la Federación, *Apéndice de jurisprudencia 1917-1975*, Jurisprudencia del Pleno, Primera parte, número 6, pp. 18-20.

¹⁹ Sánchez Gómez, Narciso, *Primer Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 47.

Tiende a satisfacer necesidades individuales como teléfonos, correos etc., y colectivas como jardines, banquetas, vías públicas, entre otros. Algunos de estos servicios se prestan en forma gratuita y otros están sujetos a un costo específico. Por lo general, los servicios gratuitos están a cargo del sector público como las campañas de vacunación, la educación, la defensa nacional, entre otros. En los segundos, como su nombre lo indica para su sostenimiento, administración y mejoramiento, las personas que lo prestan cobran, siendo que el servicio público lo prestan particulares. Es aquí donde advertimos que sí existe lucro en su prestación, porque lo que busca un prestador de servicio de carácter privado es la plusvalía o ganancia a esa actividad.

Su régimen es de derecho público porque su organización y control está cimentada en un interés social o colectivo, para ese efecto compete al Estado instituir las normas conducentes en apego a la Constitución Política Federal, los convenios y tratados Internacionales.

Los servicios públicos:

Se rigen por los principios de obligatoriedad, uniformidad, continuidad, generalidad y de adaptación. La obligatoriedad significa que el servicio público debe prestarse conforme a las disposiciones legales que lo rigen, para que no se lesionen los intereses de los gobernados, como de los gobernantes, y en caso de no respetarse los preceptos conducentes la administración pública dispone del poder coactivo o sancionador para castigar a los infractores de ellas. La uniformidad o igualdad se refiere a que todos los destinatarios del servicio público deben ser tratados en igualdad de condiciones, tanto en sus beneficios tanto en el costo del mismo cumpliéndose los requisitos legales dados para cada caso en particular.²⁰

El desarrollo del concepto de servicio público resulta interesante, ya que se plantea un apego a disposiciones legales (normas de derecho público y la Constitución) sin embargo, no refiere la necesidad de que un servicio público sea mencionado como tal en la ley, por ejemplo, no existe una Ley del Servicio Público de Banca sino una Ley de Instituciones de Crédito, por lo que contraviene lo dispuesto por la Suprema Corte, en la referencia que señalamos anteriormente.

Para efectos de este trabajo, interesa la actividad generalizada de la banca, que constituye el llamado servicio de banca, la importancia jurídica de ésta, es que en nuestra opinión, se trata de un servicio público pese a que la normatividad no lo señale expresamente, ya que el conjunto de actividades que realiza cumple

²⁰ *Ibidem*, p. 49.

con los elementos que integran un servicio público. Así, podemos señalar que dentro de las características del servicio público, la de banca cumple con las siguientes:

- A) Es una actividad técnica, porque requiere de conocimientos específicos complejos, un ejemplo de esto es el artículo 23 de la Ley de Instituciones de Crédito, que señala como requisito la calidad técnica para los consejeros de las instituciones de banca múltiple.
- B) Es una actividad vigilada por el Estado, porque a éste le corresponde gran parte del desarrollo de la actividad crediticia la cual está vigilada por instituciones gubernamentales y desarrolladas en forma exclusiva por el Estado o en conjunto con particulares.
- C) Aplica un régimen de derecho público; derivado de las leyes que rigen al sistema bancario.
- D) El régimen jurídico garantiza regularidad, adecuación, igualdad y continuidad.

De las definiciones a que hemos hecho alusión, así como del análisis a las características generales del servicio público, podemos concluir que la banca como servicio público debe de ser prestado por el Estado. En el capítulo III del presente trabajo ampliaremos el análisis de este concepto para entrar a su estudio constitucional.

I.1.5 Autorización.

En la esfera del derecho público debemos distinguir dos conceptos fundamentales para la prestación de servicios como lo son: la autorización y la concesión. Ambos tienen similares finalidades pero con orígenes distintos, en ambos interviene el Estado y en algunos casos, cuando así lo prevé la ley, los particulares. Resulta necesario revisar estos conceptos y precisar cada uno de sus alcances.

Por autorización se entiende el acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida; así como al documento en que se hace constar ese acto.²¹ También es definido como acto de naturaleza judicial, administrativa o, simplemente, privado, en virtud del cual una persona queda facultada para ejercer determinado cargo o función o para realizar determinado acto de la vida civil.²²

Por su parte, Rafael Martínez establece que es un acto esencialmente unilateral de la administración pública, por medio del cual el particular podrá ejercer una actividad para la que está previamente legitimado; pues el interesado tiene un derecho preexistente que se supedita a que se cubran requisitos, condiciones y circunstancias que la autoridad valorará.²³

Del término autorización, podemos destacar dos elementos: un acto unilateral de la administración pública que implica discrecionalidad para ser otorgada, y una serie de requisitos que debe satisfacer el particular para obtener dicha autorización.

Sólo dos entes financieros pueden otorgar el servicio de banca: las instituciones de banca múltiple y las instituciones de banca de desarrollo.

Respecto a las Instituciones de Banca Múltiple, el artículo 8 de la Ley de Instituciones de Crédito regula que para organizarse y operar como instituciones de banca múltiple, se requiere autorización del gobierno federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Por su naturaleza, estas autorizaciones serán intransmisibles. Asimismo, refiere que las autorizaciones para organizarse y operar como institución de banca múltiple, así como sus modificaciones, se publicarán, a costa de la Institución de que se trate, en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación de su domicilio social.

²¹ Real Academia Española, *op. cit.*, nota 1.

²² De Pina, Rafael, *op. cit.*, nota 2, p.117

²³ Martínez Morales, Rafael, *Derecho administrativo 1er y 2º Cursos*, 4ª. ed., México, Oxford, 2002, p. 275.

Por su parte, el artículo 9 del mencionado ordenamiento prescribe que sólo gozarán de autorizaciones las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en todo lo que no esté previsto en la ley y, particularmente, con lo siguiente:

- I. Tendrá por objeto la prestación del servicio de banca y crédito, en los términos de la presente ley;
- II. La duración de la sociedad será indefinida;
- III. Deberá contar con el capital social mínimo que corresponda conforme a lo previsto en esta ley, y
- IV. Su domicilio social estará en el territorio nacional.

Los estatutos sociales así como cualquier modificación a los mismos, deberán ser sometidos a la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Una vez aprobadas los estatutos sociales o sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio sin que sea preciso mandamiento judicial.

Observamos que la misma ley menciona que será a través de las autorizaciones como podrán funcionar las Instituciones de banca, además de que cuenta con los elementos de este concepto.

Requisitos para la Autorización

De los artículos anteriormente referidos, se deriva que cualquier entidad que desee realizar la actividad bancaria debe cumplir con los siguientes aspectos:

- a) Constitución como Sociedad Anónima

La constitución de una sociedad anónima para el ejercicio de la actividad bancaria tiene una razón de ser, en el libre ejercicio del comercio ordinario cualquier entidad de derecho, ya sea una persona física o colectiva, puede ser dueño de empresas mercantiles. Tratándose de empresas que van a dedicarse al ejercicio de la actividad de intermediación financiera (excepto las sociedades de ahorro y préstamo así como sociedades mutualistas de seguros), la mayoría de las leyes financieras restringen esa libertad al establecer que las autorizaciones sólo podrán ser otorgadas a aquellas que se establezcan como sociedades anónimas en virtud de que esta figura jurídica es la más adecuada para la actividad

financiera dadas sus características particulares y el vasto marco jurídico y doctrinal existente a dicha figura.

En este sentido, el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, indica que la sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones". De esta definición se desprenden las dos notas características de estas sociedades:

1.- Responsabilidad limitada: los socios son responsables frente a terceros únicamente hasta el monto de lo que se han obligado a aportar en el capital social y en ningún caso responderán de manera personal por las deudas de la sociedad, las cuales deberán ser afrontadas por ésta, toda vez que posee una personalidad jurídica y un patrimonio propio.

2.- División del capital en acciones: las cuales son fácilmente transmisibles (de mano en mano, sin formalidades en ninguna especie salvo aquellas que señalen las leyes respectivas).

b) Duración

De lo anterior se desprende que otro de los elementos para el otorgamiento de una autorización para el ejercicio de la actividad bancaria consiste en establecer la sociedad anónima con una duración indefinida.

La mayoría de las sociedades mercantiles tienen un tiempo de duración, sin embargo, como una excepción a la regla general aplicable a las sociedades anónimas, la legislación financiera ha establecido una duración indefinida para los intermediarios financieros; la razón a esta excepción es la importancia que la actividad bancaria tiene para la sociedad, por lo que es necesario incrementar la confianza del público usuario en su permanencia.

c) Capital Social

El capital social está formado por las aportaciones que realizan los socios, las funciones del capital son las de respaldar el volumen y el perfil del riesgo de las operaciones del intermediario, así como absorber pérdidas previstas e imprevistas. Sin embargo, no podrían cubrirse con el capital, ya que el monto de

los pasivos es una proporción muy elevada en relación a éste. En efecto, por cada peso de capital, los bancos pueden obtener doce pesos de depósito del público, dinero que a su vez lo prestan a los usuarios de los servicios de crédito bancario. Cuando el capital social excede del mínimo, deberá estar pagado por lo menos en un 50%, siempre que este porcentaje no sea inferior al mínimo establecido.

Cabe señalar que el capital social puede ser fijo o variable y el régimen adoptado por las instituciones de banca múltiple es del primer tipo, por lo que para aumentarlo o disminuirlo se requiere la modificación estatutaria, misma que debe ser aprobada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores e inscrita en el Registro Público de Comercio.

Para las sociedades financieras de objeto limitado, casas de bolsa, especialistas bursátiles, sociedades de inversión, instituciones de seguros y las organizaciones y actividades auxiliares de crédito (a excepción de las sociedades de ahorro y préstamo) el capital podrá ser variable: es decir, una parte mínima fija, cuyo monto no podrá ser inferior al mínimo que fijen las disposiciones legales aplicables, y por otra parte, variable cuyo monto no tendrá límite.

De acuerdo con el artículo 215 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las sociedades en comento tienen la obligación de añadir a su denominación la palabra “de capital variable”, la principal razón para constituirse como sociedad anónima de capital variable radica en la flexibilidad para realizar aumentos y reducciones de capital.²⁴

La integración de capital ordinario de las instituciones de banca múltiple hasta 1998 comprendía dos series accionarias divididas de la siguiente manera:

Serie “A” que representaban en todo tiempo el 51% de capital, únicamente podrían ser adquiridas por mexicanos con lo que se buscaba asegurar el control de los bancos por parte de los connacionales.

Serie “B” que representaba el 49% del capital y permitía la participación de extranjeros en la conducción de que éstos no tuviesen el carácter de gobierno o dependencias oficiales.

²⁴ Galindo Iturbide, R. Adrián, *El régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas*, México, Porrúa, 1985, p. 93.

Cabe señalar que bajo la estructura antes mencionada la existencia de acciones de la serie "C" se hacían innecesarias. Por otra parte, existía la emisión de acciones serie "L" que permitían que estos intermediarios captaran recursos a través de mecanismos de capital neutro. Dado el carácter de este tipo de capital, estas acciones no otorgaban derecho de voto con excepción de las decisiones ordinarias de la sociedad (asuntos como cambio de objeto, fusión, escisión, disolución, transformación, liquidación así como la cancelación de una inscripción en cualquier Bolsa de Valores). Podemos decir que su adquisición no se sujetaba a los límites individuales de tenencia accionaria establecidos para las acciones ordinarias ni que computaban para determinar el porcentaje máximo de inversión extranjera. Dichas acciones otorgaban a sus titulares un rendimiento superior al de las acciones de capital ordinario siempre que estos se establecieran en los estatutos sociales de la institución que los emitiera; en ningún caso los dividendos podían ser inferiores a los correspondientes a otras series.

Régimen 2000

En las reformas, adiciones y derogaciones a diversas disposiciones de las leyes del Banco de México, de instituciones de crédito, del mercado de valores para regular a las agrupaciones financieras, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 19 de enero de 1999 se suprimieron las series "A" Y "B" del capital ordinario para quedar únicamente la serie "O", lo que permite la libre suscripción. Esto significa que ya no existe límite a la participación de los extranjeros en el sistema bancario, únicamente se excluyen a las personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.

Estas reformas permiten la entrada de recursos foráneos mayoritarios a las instituciones, lo que hace posible la participación de inversionistas extranjeros hasta en un 100% de las acciones bancarias. De esta manera el artículo 13 de la Ley de Instituciones de Crédito regula que las acciones representativas de las series "O" y "L", serán de libre suscripción, y que las personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, no podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de banca múltiple.

El numeral 17 prescribe que cualquier persona física o moral podrá, mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, adquirir acciones de

la serie "O" del capital social de una institución de banca múltiple. Cuando se pretenda adquirir directa o indirectamente más del 5% del capital social ordinario pagado, o bien, otorgar garantía sobre las acciones que representen dicho porcentaje, se deberá obtener previamente la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que podrá otorgarla discrecionalmente, para lo cual deberá escuchar la opinión del Banco de México.

Regula también que en estos casos, las personas que pretendan realizar la adquisición o afectación mencionada deberán proporcionar a la propia Comisión la información que, para tal efecto y previo acuerdo de su Junta de Gobierno, establezca mediante reglas de carácter general buscando preservar el sano desarrollo del sistema bancario. Y continúa:

En el supuesto de que una persona o un grupo de personas, accionistas o no, pretenda adquirir el veinte por ciento o más de las acciones representativas de la serie "O" del capital social de la institución de banca múltiple u obtener el control de la propia institución, se deberá solicitar previamente autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la que podrá otorgarla discrecionalmente, previa opinión favorable del Banco de México. Para efectos de lo descrito en este artículo, se entenderá por control lo dispuesto en la fracción II del artículo 22 Bis de esta Ley.

Dicha solicitud deberá contener lo siguiente:

I. Relación o información de la persona o personas que pretenden obtener el control de la institución de banca múltiple de que se trate, a la que se deberá acompañar la información que acredite cumplir con los requisitos establecidos en la fracción II del artículo 10 de esta Ley, así como aquella otra prevista en las reglas de carácter general señaladas en el segundo párrafo del presente artículo;

II. Relación de los consejeros y directivos que nombrarían en la institución de banca múltiple de la que pretenden adquirir el porcentaje aludido u obtener el control, a la que deberá adjuntarse la información que acredite que dichas personas cumplen con los requisitos que esta Ley establece para dichos cargos;

III. Plan general de funcionamiento de la institución de banca múltiple de que se trate, el cual deberá contemplar los aspectos señalados en el artículo 10, fracción IV, de esta Ley, y

IV. Programa estratégico para la organización, administración y control interno de la institución de que se trate.

La demás documentación conexas que requiera la Comisión Nacional Bancaria y de Valores a efectos de evaluar la solicitud correspondiente.

Por lo que se refiere al capital mínimo, se estableció por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores una circular expedida el 9 de marzo de 2007, por

la que se da a conocer el importe del capital mínimo pagado con que deberán contar las Instituciones de Banca Múltiple a más tardar el último día hábil de 2007.

7ª Resolución modificatoria:

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores con fundamento en lo dispuesto en los artículos 19, segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito y 4, fracción XI y 16, fracción I de su Ley, y

CONSIDERANDO

Que el importe del capital mínimo pagado con que deberán contar las instituciones de banca múltiple a más tardar el último día hábil de cada año, se calcula aplicando el 0.12 por ciento a la suma del capital neto que alcancen en su conjunto dichas instituciones al 31 de diciembre del año inmediato anterior, y

Que dicho capital mínimo, deberá darse a conocer por esta Comisión en el transcurso del primer trimestre de cada año, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, ha resuelto expedir la siguiente:

**RESOLUCION QUE MODIFICA LAS DISPOSICIONES DE CARACTER
GENERAL
APLICABLES A LAS INSTITUCIONES DE CREDITO**

UNICA: Se **SUSTITUYE** el Anexo 1 mencionado en el artículo 2 de las "Disposiciones de carácter general aplicables a las instituciones de crédito", publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 2 de diciembre de 2005 y modificadas mediante resoluciones publicadas en el propio Diario los días 3 y 28 de marzo, 15 de septiembre, 6 y 8 de diciembre de 2006 y 12 de enero de 2007, para quedar en los términos del documento que se acompaña a la presente Resolución.

TRANSITORIO

UNICO.- La presente Resolución entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Atentamente

México, D.F., a 9 de marzo de 2007.

Atentamente,

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES

Roberto del Cueto Legaspi

Presidente

ANEXO 1

CAPITAL MINIMO

MONTO DEL CAPITAL MINIMO PAGADO CON EL QUE DEBERAN CONTAR LAS INSTITUCIONES DE BANCA MULTIPLE AL ULTIMO DIA HABIL DEL AÑO 2007.

Las instituciones de banca múltiple deberán contar a más tardar el último día hábil del año 2007, con un capital mínimo pagado equivalente al importe de \$409,361,705.00.²⁵

Instituciones de Banca de Desarrollo

Este concepto surge en nuestra legislación a partir del 1 de septiembre 1982, originado por el Decreto de Nacionalización de la Banca Privada. Originalmente se establecía que el servicio público de banca y crédito sería prestado exclusivamente por el Estado, a través de instituciones estructuradas como sociedades nacionales de crédito, las cuales fungirían como banca múltiple

²⁵ Comisión Nacional Bancaria y de Valores en http://www.cnbv.gob.mx/circularesbancarias.asp?circ_id=14, consultado el 28 de diciembre de 2009.

y banca de desarrollo,²⁶ en este contexto, se trata de una banca especializada que cuenta con mecanismos de captación iguales a los de la banca múltiple, pero que difiere en la asignación de tales recursos, ya que los destina al financiamiento exclusivo de actividades y sectores indicados dentro de su propia ley orgánica.

La Ley de Instituciones de Crédito define estas instituciones como parte de la Administración Pública Federal tal y como se establece dentro del artículo 30 de su Ley Orgánica, que menciona:

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

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

Las instituciones de banca de desarrollo tienen como objeto fundamental facilitar el acceso al financiamiento a personas físicas y morales, así como proporcionarles asistencia técnica y capacitación en términos de sus respectivas leyes orgánicas. En el desarrollo de sus funciones las instituciones referidas deberán preservar y mantener su capital, garantizando la sustentabilidad de su operación, mediante la canalización eficiente, prudente y transparente de recursos.

Las instituciones de banca de desarrollo, en las contrataciones de servicios que requieran para realizar las operaciones y servicios previstos en los artículos 46 y 47 de esta Ley, no estarán sujetas a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Las contrataciones que realicen las instituciones de banca de desarrollo relativas al gasto asociado con materiales y suministros, servicios generales, e inversión física en bienes muebles e inmuebles, conforme al artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Para efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores la Secretaría de Hacienda y Crédito Público estará facultada para emitir lineamientos generales conforme a lo dispuesto en el presente artículo, así como resolver consultas sobre contrataciones específicas privilegiando en todo momento la eficiencia, eficacia y debida oportunidad en los servicios que presta la banca de desarrollo.

Lo anterior nos permite conocer las características de los bancos de desarrollo.

Dentro de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 45, se establece que los organismos descentralizados son las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo

²⁶ De La Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2000, p. 492.

Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

El artículo 46 de dicha ley, señala que son empresas de participación estatal mayoritaria las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica, así como las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan los requisitos siguientes:

- A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.
- B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o
- C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

También, se regula que se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o servidores Públicos Federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes.

Como podemos observar, las instituciones nacionales de crédito son entidades de la administración pública paraestatal, poseen personalidad jurídica y patrimonio propios, su duración es indefinida y su domicilio debe corresponder a cualquier región dentro del territorio nacional. Asimismo poseen una naturaleza jurídica de sociedades nacionales de crédito, figura jurídica no contemplada en la Ley de Sociedades Mercantiles.

El congreso de la Unión determina las actividades productivas que habrán de constituir la especialidad de cada uno de estos bancos, de conformidad con lo que se establezca en sus respectivas leyes orgánicas. Están autorizados para efectuar todo tipo de operaciones correspondientes a la banca múltiple y pueden tener accesos a recursos fiscales.

a) objeto

La función principal de los bancos de desarrollo consiste en el fomento de actividades específicas de determinados sectores de la economía, mediante la utilización de los servicios de banca y crédito que también utilizan las instituciones de banca múltiple; pueden actuar de manera directa o como banca de segundo piso proporcionando recursos a los intermediarios bancarios y no bancarios en beneficio del acreditado final. A este tipo de intermediarios se les asignan objetivos eminentemente sociales, la mayoría del capital es estatal, en virtud de que en este tipo de instituciones no se persigue a fin de lucro.

b) Creación

Las instituciones de banca de desarrollo deben ser creados por decreto del Ejecutivo Federal y aprobada su existencia por el Congreso de la Unión. El legislativo federal otorga dicha aprobación mediante la expedición de su ley orgánica, lo que permite estimular determinados sectores de la economía.

c) Capital Social

La representación del capital se expresa a través de títulos de crédito nominativos Certificados de Aportación Patrimonial (CAP), que se encuentran divididos en dos grandes series:

1. Serie "A" que únicamente puede ser suscrito por el gobierno federal, corresponden al 66% del capital y se emite en un título único, por su naturaleza son intransmisibles, tal y como se establece en el artículo 32 de la Ley de Instituciones de Crédito.
2. Serie "B" que constituyen el 34% del capital social y pueden ser emitido en uno o en varios títulos. Son susceptibles de ser adquiridos por personas físicas o jurídico colectivas mexicanas, lo que necesariamente implica la cláusula de exclusión de extranjeros, y se limita la tenencia individual al establecerse que ninguna persona puede adquirir más del 5% del capital pagado, tal y como se señala en el art. 33 de la Ley de Instituciones de Crédito. Tienen igual valor para todos sus tenedores y conceden derechos patrimoniales y corporativos.

I.1.6 Concesión

Rafael de Pina nos dice que concesión administrativa es el acto de la administración en virtud del cual se otorga, mediante determinadas condiciones, a un servicio de interés general realizado por un particular, carácter de servicio público como si fuera realizado por la administración (Gascón y Marín).²⁷

El Diccionario de la Legua Española nos dice que:

Concesión.

(Del lat. *concessio*, *-ōnis*).

1. f. Acción y efecto de conceder.
2. f. Otorgamiento que una empresa hace a otra, o a un particular, de vender y administrar sus productos en una localidad o país distinto.
3. f. Acción y efecto de ceder en una posición ideológica o en una actitud adoptada.
4. f. *Der.* Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.
5. f. *Ret.* Figura que se produce cuando la persona que habla conviene o aparenta convenir en algo que se le objeta o pudiera objetársele, dando a entender que aun así podrá sustentar victoriosamente su opinión.²⁸

Como lo mencionamos anteriormente cuando hablamos de servicio público algunos de estos pueden ser prestados por particulares en coordinación con la administración pública cuando cuentan con las condiciones idóneas para hacerlo ya que el estado no podría cumplir con todas en forma directa y así surge la concesión como figura jurídica que permite al particular desempeñar actividades que son propias del estado.

Jorge Fernández Ruiz nos da la siguiente definición de concesión:

²⁷ DE PINA, Rafael, op. cit., nota2, P.177.

²⁸ Real Academia Española, op. Cit., nota 1

La concesión es una figura Jurídica que permite a quien tiene la titularidad de determinadas atribuciones o facultades, o de ciertos bienes o derechos, delegar su ejercicio o aprovechamiento, en favor de un tercero. En este orden de ideas, la concesión es dable tanto en derecho privado, específicamente mediante la concesión mercantil, como en derecho público, por medio de la concesión administrativa que puede desdoblarse en concesión de aprovechamiento o explotación de los bienes del estado, concesión de obra pública y concesión de servicio público.²⁹

Como se menciona anteriormente existen de acuerdo al concedente dos tipos de concesiones las administrativas y las mercantiles pero nosotros centraremos nuestra atención en explicar la concesión administrativa de los servicios públicos únicamente.

Naturaleza Jurídica de la concesión

Existen diversos criterios sobre la naturaleza jurídica de la concesión que se han centrado en tres tesis: una que se basa en un criterio contractual, otra que la presenta como un acto administrativo y un último criterio mixto.

a) Tesis contractual

Como contrato de derecho privado presupone un acuerdo de voluntades entre el particular y la administración pública, sería entonces un contrato puro sometido a normas de derecho privado, situación inadmisibles que daría al estado una doble personalidad (principio que ya ha sido desechado) como persona jurídica privada y pública, por otro lado sería imposible explicar los efectos respecto a terceros ajenos a las partes contratantes como lo serían en este caso los usuarios.

Como contrato de derecho público Jorge Fernández Ruiz nos explica que a esta versión de la teoría contractual de la concesión se opone la ya comentada objeción relativa a la estipulación por otro, acerca de los terceros ajenos de las partes del supuesto contrato, a la que se agrega la impugnación basada en la posibilidad de que figure como objeto del contrato administrativo la organización del servicio público, quien la regula de manera unilateral³⁰

²⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*, México, Porrúa, 1995, p. 252

³⁰ *Ibíd.*, p.251.

Coincidimos con este razonamiento pues esta teoría no explica la gran discrecionalidad que tendría el estado dentro del contrato.

b) Como acto administrativo

En esta teoría la concesión es considerada un acto unilateral de la administración pública, sin embargo no explica por que el estado no puede obligar a un particular salvo excepcionalmente a otorgar el servicio, si es como dice un acto de supremacía.

c) Criterio Mixto

En este criterio la concesión guarda una doble naturaleza jurídica de acto administrativo y como contrato público ya que ninguno de los anteriores por si solos logra explicarla.

Elementos de la concesión

Los elementos personales dentro de la concesión son el concedente, el concesionario y el usuario.

- a) El concedente, es la autoridad competente que otorga la concesión, este conserva sus poderes de control, vigilancia y fiscalización del funcionamiento del servicio público, para la proteger al usuario y observar que este se mantenga dentro de los lineamientos normativos que lo regulan, sin embargo tiene la obligación de dar al concesionario la facultades necesarias para la prestación del servicio.

- b) El concesionario, es la persona física o moral a quien se le otorga la concesión, el cual debe contar con la capacidad jurídica para obligarse. Este tiene derecho a gozar de la facultades otorgadas por el concedente en virtud de la concesión así como una utilidad por su actividad y sus actos no se consideran función pública así como su su personal no es calificado de servidor público, excepto cuando se trate de una paraestatal, tiene la obligación de prestar el servicio en los términos establecidos.

- c) El usuario es la persona que recibe el servicio la cual regularmente paga por la prestación de este.

Extinción de la concesión

Existen diversas formas de concluir con la concesión; El cumplimiento del plazo, la revocación, el rescate, la caducidad, la rescisión, la renuncia y la supresión del servicio público.

Cumplimiento de plazo, implica que una vez transcurrido el plazo este genera la extinción de la concesión pero existe la posibilidad de una prórroga si el concesionario la solicita, siempre y cuando el concedente no se oponga.

La revocación, surge cuando el procedimiento que condujo al otorgamiento de la concesión ha sido viciado en forma tal que reclama la extinción de la concesión y este se da a través de la revocación sin que el concedente pueda decretarla, pero si demandarla ante el tribunal correspondiente, la razón por la que el concedente no puede decretar la extinción de la concesión es por que una vez otorgada genera derechos para el concesionario.

El rescate a diferencia de la revocación que se realiza por razones de legalidad, esta surge por motivos de oportunidad y conveniencia, mediante una resolución unilateral de la concedente, en ejercicio de facultad otorgada por la ley o la propia concesión sin que el concesionario haya dado motivo. El rescate exige preaviso a concesionario y según la doctrina implica indemnización.

La caducidad es otra forma de extinción anticipada de la concesión y surge cuando el concesionario incumple con sus obligaciones, respetándole su derecho de audiencia. La caducidad es una sanción a la que se le puede agregar la pérdida a favor del estado de los bienes utilizados para otorgar el servicio.

La rescisión de común acuerdo el concedente y el concesionario pueden solicitar la rescisión de la concesión o bien demandarla ante un tribunal competente por el incumplimiento de obligaciones de su contraparte.

La renuncia aparece cuando el concesionario decide no ejercer los derechos ni cumplir con las obligaciones contraídas, esta forma de extinción sólo es viable si la autoridad concedente lo acepta ya que el servicio público debe ser otorgado y no puede estar sujeto a decisiones caprichosas.

Quiebra o muerte del concesionario

Falta de objeto o materia de la concesión surge cuando el objeto de la concesión se extingue por ejemplo la explotación de recursos naturales.

1.2 Conceptos Económicos Fundamentales

El derecho comparado nos permite tener un acercamiento a un área de conocimiento íntimamente vinculada a las ciencias jurídicas como lo es la economía. El análisis de esta ciencia en algunos de sus conceptos nos permitirá de manera breve entender de mejor forma el presente estudio.

1.2.1 Banco

Rafael de Pina lo define como:

BANCO. Las instituciones de crédito o bancos son empresas que tienen por finalidad el ejercicio habitual de la banca y del crédito. Fundamentalmente se caracterizan por desarrollar actividades de intermediación del crédito: “actividad intermediaria entre el capital que busca colocación y el trabajo que lo reclama y pide medios para una aplicación productiva” (GAY DE MONTELLÁ). La misión esencial de los bancos consiste en actuar como intermediarios en el crédito, centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles, y redistribuyéndolos luego en operaciones de crédito a favor de quienes necesitan el auxilio del capital para producir. Son, en fin, los bancos, intermediadores, distribuidores profesionales del crédito.

Los bancos a través de la realización de las llamadas operaciones pasivas, recogen del público aquellos capitales que se encuentran temporalmente ociosos, sin ocupación productiva inmediata. Por otra parte, ponen esos mismos capitales, mediante las denominadas operaciones activas, a disposición, principalmente, de la industria y del comercio, para sus actividades de producción y cambio de bienes y servicios.

Es preciso señalar que la actividad bancaria o, mejor dicho, el ejercicio de una empresa bancaria, por razones de interés público, no es libre sino restringido.

Así, el artículo 2º de la vigente Ley de Instituciones de crédito, publicada en el *diario oficial* de la Federación el día 18 de julio de 1990, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado para su colocación en el público, mediante actos causantes pasivos directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.

El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser: 1) Instituciones de banca múltiple, organizadas como

sociedades anónimas, que deberán obtener autorización del Gobierno Federal. 2) Instituciones de banca de desarrollo constituidas como sociedades nacionales de crédito, que serán entidades de la administración pública federal.³¹

La Real Academia Española en su diccionario define la siguiente locución:

Banco

(Del fr. ant. *bank*, y este del germ. **banki*).

1. m. Asiento, con respaldo o sin él, en que pueden sentarse varias personas.
2. m. Madero grueso escuadrado que se coloca horizontalmente sobre cuatro pies y sirve como de mesa para muchas labores de los carpinteros, cerrajeros, herradores y otros artesanos.
3. m. **cama** (del freno). U. m. en pl.
4. m. En los mares, ríos y lagos navegables, bajo que se prolonga en una gran extensión.
5. m. Conjunto de peces que van juntos en gran número.
- 6. m. Establecimiento público de crédito, constituido en sociedad por acciones.**
7. m. Establecimiento médico donde se conservan y almacenan órganos, tejidos o líquidos fisiológicos humanos para cubrir necesidades quirúrgicas, de investigación, etc. *Banco de ojos, de sangre.*³²

Para Acosta Romero este concepto significa:

La palabra banco deriva de *abacus*, que eran los muebles que utilizaban los *argentarii* en Roma, para realizar su actividad,..... en derecho alemán y anglosajón, la palabra "Bank", designa un conjunto de cosas, con lo que expresaba la acumulación de fondos de capital de dinero o de existencia."....."Consideramos que banco es un concepto genérico que hace referencia a una sociedad mercantil (SN o SA) que cuenta con autorización de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, para llevar a cabo en forma permanente, profesional y masiva cierto tipo de operaciones de crédito permitidas por la ley.....³³

³¹ De Pina, Rafael, op. cit., nota 2, p.122.

³² Real Academia Española, op. Cit., nota 1

³³ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario: panorama del sistema financiero mexicano*, 7ª Edición, México, Porrúa, 1998, p. 268.

El diccionario Espasa lo define como:

Banco.-Generalmente las leyes mercantiles dan por supuesto el concepto económico de un banco, tomado de la vida diaria: Banco es la empresa mercantil que tiene por objeto la mediación en las operaciones sobre dinero y sobre títulos. Pero la observación muestra que entre las operaciones que practican los bancos hay algunas que también se realizan por quienes no son bancos ni banquero, por lo que aunque acotemos las operaciones bancarias en una lista, tampoco llegaríamos a obtener un concepto de banco común a todos los países. Además, siendo la actividad del banquero múltiple en su contenido y varía en su forma, ocurre que cada banco o banquero realiza sólo alguna o algunas operaciones genuinamente bancarias o alguna o algunas con preferencia a las demás, abordando desde la modesta función del cambio de monedas hasta las operaciones bancarias de más alto rango....³⁴

Los autores de Economía Bancaria, Freixas y Rochet, nos indican que el vocablo banco puede entenderse como una institución cuyas operaciones habituales consisten en conceder préstamos y recibir depósitos del público.³⁵

De lo anterior, destacamos los siguientes aspectos:

1-Frecuencia: como entidad económica que realiza de manera constante y continúa las actividades de intermediario financiero en las actividades de depósito y préstamo.

2-Las actividades de la banca comercial, de acuerdo al pensamiento de algunos economistas, podrán desaparecer a favor de dos tipos de banca especializada: bancos restringidos a activos negociables (narrow banking) o fondos de inversión y aquellos dedicaos a la emisión de deuda o acciones (préstamo).

3.- El Término público indica que tiene acceso al servicio de banca comercial cualquiera que lo requiera, sin embargo, los usuarios no tienen los conocimientos de los inversores profesionales por o que no tienen forma de determinar si los bancos realmente protegen sus intereses, además, las instituciones privadas (los bancos comerciales) suministran un bien público (el acceso a un sistema de pago seguro y eficiente).Estas dos razones (la protección

³⁴ Diccionario Jurídico Espasa , op. cit., nota 7, p.110.

³⁵ Freixas, Xavier y Rochet, Jean-Charles, *Economía Bancaria*, TR. María Ester Rebasco, España, Antoni Bosch Editor y Banco Bilbao Vizcay, 1997, p.1.

de los depositantes y la seguridad y eficacia del sistema de pago) han justificado tradicionalmente la intervención pública en las actividades bancarias.³⁶

Encontramos que la importancia de los bancos radica en el papel que desempeñan en el proceso de asignación de los recursos existentes y principalmente del capital.

Es importante para nuestro estudio ubicar a los bancos dentro de nuestro sistema financiero para poder comprender como funcionan, quien se encarga de vigilar su buen funcionamiento y como es que se pueden constituir como tales.

El sistema financiero de nuestro país está constituido por; el conjunto de normas jurídicas financieras, autoridades financieras, entidades financieras, instituciones de servicios auxiliares o complementarios y el público usuario de los servicios financieros.

Vamos a comenzar con las autoridades financieras que presentamos en el siguiente cuadro:

SECRETARIA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	BANCO DE MÉXICO	COMISIÓN NACIONAL PARA LA PRODECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS	INSTITUTO DE PROTECCIÓN AL AHORRO BANCARIO
°COMISION NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES			
°COMISION NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS			
°COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO			

Estas autoridades tienen entre sus principales funciones supervisar, y vigilar la creación, organización y funcionamiento de las entidades financieras, con el fin de garantizar su sano funcionamiento.

³⁶ Ibídem, p. 2

Así, para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se encuentran entre sus principales funciones: a) planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema financiero del país, por lo que esta orienta las políticas del sistema bancario, b) conceder autorizaciones para organizarse y operar como institución financiera, en forma discrecional, c) realizar interpretaciones administrativas, esto es aclarar, explicar o desentrañar el significado de alguna ley obscura o ambigua. Toda función de esta debe obedecer a lo establecido en la constitución y a las leyes que la regulan.

Esta autoridad está normada por entre otras, las siguientes autoridades:

- ° La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 9º)
- ° Ley orgánica de la Administración Pública Federal
- ° Reglamento Interior de la SHCP
- ° Manual de la organización general de la SHCP
- ° Autoridades Financieras

Por otro lado, las entidades o instituciones financieras son aquellas autorizadas discrecionalmente por la SHCP o por la CNVB, según sea el caso, para constituirse como sociedades anónimas de capital fijo o variable para realizar funciones de intermediación. Y son las siguientes;

1.-Entidades financieras del sector bancario;

- a) Banco de México
- b) Instituciones de banca de desarrollo
- c) Fideicomisos públicos de fomento (gobierno federal)
- d) Fideicomisos Públicos encargados al Banco de México
- e) Sociedades Financieras de objeto limitado (hasta el año 2013)
- f) Filiales de entidades financieras del exterior constituidas como bancos múltiples o sociedades financieras de objeto limitado

También existen entidades del;

2.-Sector Bursátil

3.-Del sector de Organizaciones y actividades auxiliares del crédito

4.-Asegurador y afianzador

5.-Entidades financieras del sistema de ahorro y crédito popular

6.-Entidades financieras de los sistemas de ahorro para el retiro

Como se observa, desglosamos únicamente las entidades del sector bancario donde encontramos a las instituciones de banca múltiple y a las instituciones de banca de desarrollo. Estas integran a lo que se conoce como instituciones de crédito y tienen por objeto otorgar el mencionado servicio de banca y crédito.

1.2.2 Costos de transacción.

El Diccionario de la Lengua Española define:

Costo.

1. m. Cantidad que se da o se paga por algo.
2. m. Gasto de manutención del trabajador cuando se añade al salario.
3. m. *Cád.* Comida que el peón, albañil, pescador, etc., se lleva hecha para tomarla en el lugar donde trabaja.

a ~ y costas.

1. loc. adv. **a coste y costas.**

Asimismo, define a la transacción como:

(Del lat. *transactio*, *-ōnis*).

1. f. Acción y efecto de transigir.
2. f. Trato, convenio, negocio.³⁷

De lo anterior podemos concluir que los costos de transacción son un planteamiento que da origen a la existencia de los intermediarios financieros, que tienen como actividad principal la transformación de los títulos financieros lo cual es cierto en determinados tipos de activos., pueden transformar depósitos de

³⁷ Real Academia Española, op. cit., nota 1.

vencimiento conveniente (aquellos cuya cuantía mínima no es restrictiva y su riesgo es bajo)- como los depósitos a la vista no negociables- en prestamos no negociados (cuyo vencimiento y cuantía son mayores y se encuentra presente un riesgo crediticio).

Sin embargo, este planteamiento no explica las causas por las que esta transformación no es realizada por los mismos prestatarios. Podemos afirmar que la utilización de un modelo coherente implica “el supuesto de las economías a escala y/o economías de alcance que hacen que resulte rentable que unidades independientes se especialicen en la transformación de activos financieros emitidos por los prestatarios.³⁸ De acuerdo con esta teoría, la existencia de las economías antes mencionada se puede encontrar en los costos de transacción. Por lo que las mencionaremos a continuación.

1.2.3 Economías de alcance

Esta es una teoría que establece que la banca es resultado de la decisión de individuos que cambiaban dinero de ofrecer servicios de depósito por que tenían una ventaja comparativa en el almacenamiento de objetos d valor³⁹lo que les permitía ofrecer los mismos servicios a otros comerciantes ya que ellos tenían las mismas necesidades y disponían de un lugar seguro para la guarda y custodia de su propia mercancía (monedas y metales). Sin embargo esta explicación no aplica a los intermediarios financieros como la banca universal, para explicar este tipo de banca, se acude a la teoría de la cartera la cual ofrece dos teorías, una relacionada con el riesgo, de acuerdo con la cual los inversionistas tienen una cierta ventaja comparativa en la tendencia de activos arriesgados, y por la otra diversificación, en esta segunda tendencia existe correlación en los rendimientos de dos categorías de títulos, en este caso los bancos esperan un mayor rendimiento en los préstamos (primera categoría) y un menor costo en los depósitos (segunda categoría).

³⁸ Freixas, Xavier y Rochet, Jean-Charles, op. cit., nota 35, Pág.20

³⁹ Ibídem, Pág.22

1.2.4 Economías de escala

La justificación, de conformidad con esta teoría, es la presencia de costos fijos correspondientes a la transacción. A manera de ejemplo podemos decir que si dentro de una transacción financiera existe una comisión fija, los depositantes (prestatarios) formarán coaliciones y comprarán conjuntamente con el fin de repartir los costos de transacción lo que además permite una cartera más diversificada y menos arriesgada en comparación con la que podrían tener por separado.

1.2.5 Seguro de liquidez

Seguro, ra.

(Del lat. *secūrus*).

1. adj. Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo.
2. adj. Cierto, indubitable y en cierta manera infalible.
3. adj. Firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse.
4. adj. No sospechoso.
5. m. Seguridad, certeza, confianza.
6. m. Lugar o sitio libre de todo peligro.
7. m. Salvoconducto, licencia o permiso que se concede para ejecutar lo que sin él no se pudiera.
8. m. Mecanismo que impide el funcionamiento indeseado de un aparato, utensilio, máquina o arma, o que aumenta la firmeza de un cierre.
9. m. coloq. Asociación médica privada, que se ocupa de la prevención y remedio de las enfermedades de las personas que abonan las primas correspondientes.
10. m. coloq. **seguridad social**.
11. m. *Der.* Contrato por el que alguien se obliga mediante el cobro de una prima a indemnizar el daño producido a otra persona, o a satisfacerle un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.
12. m. *P. Rico*. Subsidio de vejez.
13. adv. m. **seguramente**.

Liquidez.

1. f. Cualidad de líquido.

2. f. *Com.* Cualidad del activo de un banco que puede transformarse fácilmente en dinero efectivo.

3. f. *Com.* Relación entre el conjunto de dinero en caja y de bienes fácilmente convertibles en dinero, y el total del activo, de un banco u otra entidad.⁴⁰

Este es otro tipo de economías a escala que justifica los depósitos al ser considerados fondos de liquidez que permiten la existencia de un sistema de reservas que pueden usarse para financiar inversiones rentables, pero que no son liquidas sin embargo esto también constituye una fragilidad de los bancos, situación que puede generar problemas en caso de que un gran número de depositantes decida retirar sus recursos.

1.2.6. Intermediación

La Real Academia Española establece que la intermediación es la acción y efecto de *intermediar* (poner en relación a dos o más personas o entidades).⁴¹

Rafael de Pina nos explica que la intermediación en el mercado de valores es para los efectos de la Ley del Mercado de Valores, a) operaciones de correduría, de comisión u otras tendentes a poner en contacto la oferta y demanda de valores., b) Operaciones por cuenta propia, con valores emitidos o garantizados por terceros, respecto de los cuales se haga oferta pública. c) Administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros (art. 4º).⁴²

La intermediación es el proceso por el cual una empresa o varias se especializan en captar depósitos del público para proceder a prestarlos.

Los intermediarios financieros se encargan de captar, administrar, orientar, tanto el ahorro como la inversión del público y entre estos encontramos a los bancos, las compañías de seguros y los almacenes generales de depósito.

En la intermediación como supervisión delegada, la eficacia se incrementa mediante la supervisión, la cual implica;

- 1) Selección de proyectos
- 2) Impedir conducta oportunista del prestatario

⁴⁰ Real Academia Española, op. cit., nota 1

⁴¹ Ibidem

⁴² De Pina Rafael, op. cit., nota 1, p.328.

3) Castigar el incumplimiento de obligaciones contractuales

Esta teoría explica que los bancos tienen ventaja en las actividades de supervisión y para ello se necesita lo siguiente;

- I. Economías de escala en supervisión, es decir financiamiento de varios proyectos por un banco representativo.
- II. Pequeña capacidad de los inversionistas.
- III. Bajos costos de la delegación, el costo de la supervisión debe ser menor al excedente generado por la explotación de las economías.⁴³

De las anteriores teorías podemos destacar que los intermediarios financieros buscan un equilibrio en el mercado del crédito en donde se puedan obtener recursos para aquellos interesados en la realización de un proyecto, así como el cumplimiento de sus obligaciones y por otro lado, garantizar la seguridad de los recursos de los inversionistas.

1.2.7. Regulación

El Diccionario de la Lengua Española refiere a la regulación como la acción y efecto de regular.⁴⁴

En el sector bancario la regulación surge por fallas dentro del mercado y la busca de seguridad de los usuarios financieros, con normas que garanticen liquidez y solvencia para el depositante al momento que lo requiera. Esta regulación requiere la creación de disposiciones óptimas, sin embargo, la doctrina adopta una postura de análisis positivo dedicándose a estudiar únicamente una norma ya existente y sólo una pequeña parte se enfoca hacia la elaboración de leyes. La regulación de la banca implica costos directos e indirectos, esta regulación puede generar rentas económicas a favor de los bancos.

Dentro de la regulación existen dos aspectos importantes uno que se refiere a la regulación de la estructura y otro que se refiere a la conducta o actividades.

⁴³Freixas, Xavier y Rochet, Jean-Charles, op. cit., nota 35, Pág.36

⁴⁴ Real Academia Española, op. cit., nota 1

En el caso de los bancos, se trata de normas que regulan la constitución de dichas entidades económicas y de otro conjunto normativo encargado de regular sus actividades, si consideramos que el objetivo de la regulación bancaria es el de garantizar el desarrollo de una red de seguridad para los depositantes así como la promoción de una política sólida de inversión, entonces los instrumentos de regulación deben ser específicos del sector, los cuales se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a. Existencia de un Banco Central
- b. Limitación de tipos de interés máximo de los depósitos
- c. Restricción de la entrada, creación de sucursales, redes y fusiones
- d. Restricciones referentes a cartera, reservas y banca restrictiva
- e. Seguro de depósito
- f. Supervisión reguladora

De estos elementos analizaremos los que consideramos más importantes.

- a) La banca central y los bancos

Existen corrientes que se oponen a la existencia de un banco central, sin embargo los hechos históricos han demostrado la necesidad de la existencia de estos por diversas razones, la primera de ellas se refiere a la emisión de dinero, el monopolio estatal evita problemas de fraude y falsificación de papel moneda, aunque existen estudios que afirman que la banca libre puede llegar a funcionar razonablemente bien como es el caso de Escocia o Estados Unidos, en los cuales durante el periodo de banca libre se emitió dinero mediante los llamados billetes bancarios que eran derechos perpetuos que no rendían intereses y que podían redimirse a la vista (a un precio nominal). Sin embargo, estos billetes siempre estuvieron expuestos al riesgo de quiebra del emisor y su redención también implicaba el costo de acudir al banco emisor, por lo que estos contratos de depósito era especialmente difíciles ampliando la posibilidad de fraude.

Otro de los problemas existentes por la emisión de dinero de dinero por parte de la banca libre es la posibilidad de que una de estas instituciones emitiera excesiva moneda imposibilitando la convertibilidad a la par, otro argumento es el hecho de que los costos de transacción aumentan de acuerdo a la distancia entre

los bancos emisores, en el caso de los Estados Unidos llegaron a circular hasta 3000 billetes bancarios distintos dentro de una misma área geográfica mientras que su negociación se realizaba en un mercado especializado ubicado en Filadelfia.

El segundo aspecto corresponde a la fragilidad de los bancos, ya que la historia demuestra que los pánicos bancarios son numerosos y es claro que cuando los bancos financian préstamos no líquidos mediante la utilización de depósitos a la vista, la mayoría de las recesiones fueron acompañadas por la pérdida de confianza de los usuarios del sistema bancario llevándolos al pánico financiero, ante esto los bancos desarrollaron sistemas cooperativos para proteger su reputación, estos sistemas protector fueron asumidos y transformados posteriormente por la banca central, pasando a manos de los gobiernos el control bancario.

Otro aspecto importante es el que corresponde al llamado riesgo sistémico, que a saber consiste en la posibilidad de que la quiebra de un banco se difunda a otras instituciones (e incluso empresas), ante ello se considera que un papel fundamental de la autoridad bancaria es impedir este riesgo sistémico.

El tercer aspecto se refiere a la protección de los depositantes; dentro de la banca libre las quiebras bancarias pueden ser mucho más costosas principalmente para aquellos que las financian (depositantes, accionistas y otros bancos además de que la quiebra de un banco puede ligar a otros. La quiebra de un banco, además, puede dañar al sistema de pagos, es por ello que las justificaciones de la regulación bancaria tiende a recaer sobre la solvencia de estas instituciones a efecto de garantizar la protección del público y la seguridad de los sistemas de pago.

b) Restricción de Cartera

Este tema se relaciona con el tipo de banca existente, por un lado podemos determinar la existencia de la banca comercial y por otro a la banca de inversión (autorizados a tener acciones de sociedades anónimas), algunas corrientes señalan que es necesaria la separación de estos tipos de instituciones ya que en el caso de la banca de inversión se aumenta la exposición de riesgo, aunado al

hecho de los problemas financieros que se pueden presentar en la empresas en que participan las instituciones de inversión dificultando la devolución de los préstamos que se les han otorgado.

c) El seguro de depósito

Existen en algunos gobiernos mecanismos que garantizan los depósitos del público, estos permiten que en los casos de quiebra del banco, los depositantes aseguren sus recursos hasta un límite fijo.

En la mayoría de los casos, este tipo de seguros son públicos, aunque existen economistas que abogan por los de tipo privado argumentando que la competitividad genera incentivos y permiten una fijación correcta de los precios, sin embargo, esto carece de credibilidad a menos que el respaldo se tenga del estado.

Conclusiones del Capítulo

1. El orden jurídico mexicano se basa en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las leyes que de ella se deriven originándose la constitucionalidad de los actos cuando están apegados a este sistema
2. La inconstitucionalidad consiste en contravenir el orden jurídico nacional emanado de la Ley Suprema
3. El Servicio Público es una actividad prioritaria que presta el estado y que puede delegar en los particulares a través de la autorización y de la Concesión
4. La autorización debe cumplir con aspectos que establezca la ley, los que una vez requisitados permiten al solicitante realizar la actividad correspondiente. La concesión en cambio, queda sujeta a la discrecionalidad de la autoridad.
5. La banca es un intermediario financiero que tiene como objetivo garantizar la seguridad de los ahorradores así como el de establecer un manejo adecuado en el sistema de pagos y crediticio.

CAPÍTULO II

2. Marco Histórico

2.1 INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la banca en México se ha visto inmerso en una crisis no sólo económica sino de presiones políticas internas y externas que tienen que ver con el manejo económico internacional y en consecuencia, en las reformas legales al sistema jurídico nacional.

Este capítulo aborda la historia sintética de los orígenes de la banca, de la importancia que para la iglesia tuvo el manejo de capital hasta la creación de bancos centrales y el control del estado. Con mayor énfasis haremos una revisión en nuestro país que ha pasado de un estricto control gubernamental por parte del estado hasta el control por particulares y en la última etapa, por extranjeros.

De aquí surge la idea de iniciar una investigación que nos permita saber si el estado mexicano ha perdido la rectoría económica en relación a los ahorros de los nacionales y sobre todo a un eficiente sistema de pagos.

La referencia histórica dará cuenta de este proceso, de los cambios estructurales y legales.

1.1 Antecedentes¹

Los primeros antecedentes de la banca los encontramos en Babilonia y Egipto donde se puede considerar que existió actividad bancaria: Mesopotamia, en el Templo Rojo de Uruk, en el año 3,400 a. C. y Babilonia con el grupo de los Hammurabi, en el año 2,250 a. C.

Son Asiria y Babilonia, lugares que destacaron por sus actividades bancarias y por el gran desarrollo logrado con las mismas, ya que las manejaron como parte de su administración, recordemos que no se conocían ni se realizaban

¹ Cfr Breve Reseña Histórica del surgimiento de la banca en www.economia.unam.mx/secss/docs/tesisfe/.
El29 de diciembre de 2009.

como actualmente se hace, pero ya se trabajaba en ello, destacando por la creación de actividades y documentos que utilizaron para abordar a las actividades bancarias, principalmente en Babilonia en el siglo VII a. C., crean el certificado de banco, letras de cambio, órdenes de pago, administración de bienes y usaron la plata por primera vez como medio de cambio.

Con el uso de la moneda se crean nuevas actividades e incluso personas con especialidades en el manejo del dinero, como los *trapezita*² que en sus inicios operaban en ciudades portuarias con labores de cambistas, efectuaban pagos y recibían depósitos en dinero.

Respecto a Grecia en el siglo IV A.C. surge lo que se consideró el primer banquero griego ya que él recibía para su guardia los *talentos*³ rigiéndose para su buen desempeño en el derecho civil y mercantil creando algunas normas que se fueron incorporando al derecho Romano posteriormente.

En Grecia la actividad bancaria estaba vinculada con los templos, principalmente los de Delfos, Samos y Efeso, cuyas principales actividades fueron las de prestamistas y depositantes, además algunos actuaban como intermediarios del Estado, existen antecedentes en los que se indica que consideraban a la banca como de interés público ya que el Estado comenzó a intervenir en su control.

Por otro lado, se comienza a reconocer a algunas personas por sus actividades bancarias, entre ellos, a un hombre llamado Pasión, que fuera reconocido como el más famoso banquero de su época.

El imperio Romano tuvo un gran desarrollo económico, se manejaban los préstamos con interés creando algunas leyes como:

1. Ley de las Doce Tablas.- Prohibía el cobro excesivo de intereses de 12% e incluso del 4%.

² Trapezita; así se llamaba en Babilonia a los griegos que eran especialistas en el manejo del dinero.

³ Antigua moneda de los griegos.

2. Ley Genucia.- Prohibía préstamos con interés.

3. Ley Onciarum Foenus.- Fijó un interés máximo del 12%.

En Roma también se tenían personas que manejaban las finanzas por especialidades: El *argentarius* (ciudadano romano, especialista en el intercambio de monedas), era el cambista; el *nummularius* (ciudadano romano, especialista en el reconocimiento del valor y originalidad de las monedas que se intercambian), verificaba el título de monedas acuñadas y evaluaba a las monedas extranjeras; y el *mensarius* o cajero, con el paso del tiempo los grupos de especialidades cambiaron, quedando de la siguiente manera: los *nummularis* cambiaron sus actividades a cambistas y el *argentarius* cambian sus actividades a banqueros.

El Estado concedió a los cambistas el Foro de la ciudad para que ejercieran sus actividades financieras, pero como éstos aún imponían altas tasas de interés, la aristocracia comenzó a realizar sus propias operaciones a nombre y representación de algún personaje e incluso, ayudó al gobierno otorgándole préstamos con intereses más bajos que el de los cambistas, situación que les sirvió para tener acceso a altas capas sociales hasta llegar a la nobleza. Como dichas actividades lograron tener mayor auge, se fueron desarrollando y mejorando y es así como nace la Función Bancaria.

Fueron los *trapezita* griegos, el motivo para que los romanos *argentarius* (banqueros) y los *nummularius* (cambistas) decidieran aplicarse y distinguirse en las actividades bancarias, dejando como antecedente la Función Bancaria Pública.

Aunque se sabe que en Grecia ya se aplicaba la intervención del Estado en actividades bancarias, en Roma los *argentarius* fueron consejeros muy apreciados por sus clientes, y fueron quienes dejaron como antecedente el uso de libros para registrar sus actividades, ya que así formalizaban sus contratos marítimos.

Destaca también una importante organización de la época antigua llamada el Colegio de los Flamens, misma que tienen el crédito de ser la creadora del Fideicomiso, ya que tenían la encomienda de vigilar el cumplimiento de un testamento.

Pueblo Hebreo

Durante la época del pueblo hebreo se vio detenido el desarrollo del crédito debido a la ley de Moisés, en donde se prohibía el cobro de intereses, exceptuado a los extranjeros.

Otro antecedente se encuentra en China, donde se desarrolló un sistema de crédito, así como la acuñación de moneda y se cree que en este país se originó el uso del papel moneda en la época del emperador Hsien Tsung.

Edad Media

Durante la transición entre periodos surge un gran estancamiento en el desarrollo económico, entre los más destacados se mencionan: la caída del imperio romano, las invasiones islámicas, la prohibición del interés en préstamos por parte de la Iglesia y las cruzadas.

Inicialmente y durante siglos, los primeros banqueros fueron exclusivamente judíos, que no eran alcanzados por las leyes de la iglesia y cuya principal función fue la de prestamistas, llegaron a establecerse en Lombardía para dedicarse a la banca, logrando operar en una gran extensión de territorio e incluso con algunos monarcas como Luis IX.

Fue precisamente Luis IX quien tiempo después destierra a los lombardos (nombre que se le daba en Francia Medieval a los prestamistas italianos y a los banqueros) de Italia y Francia, encarcelando a algunos de ellos y confiscándoles sus bienes, principalmente los documentos que contenían adeudos del monarca.

Algunos lombardos lograron recuperar parte de los fondos que habían poseído, gracias a eso se dirigieron y establecieron en Inglaterra, en una calle que se harían famosa por sus destacadas actividades bancarias, misma que fuera reconocida como el centro bancario de esa ciudad y que llevara por nombre Lombard. Los lombardos realizaron como práctica común en Génova, el préstamo a interés.

Por su parte, los cristianos realizaron operaciones como la asociación en empresas comerciales a través de créditos autorizados por la iglesia, y por los que participaban en utilidades en lugar del cobro de intereses. La Iglesia se inspiraba en conceptos éticos que afirmaron: Aristóteles, Platón, Catón, Sivueca y las doctrinas hebreas, que condenaban como injusto el cobro de intereses, es por ello que se creó la prohibición canónica del préstamo con interés, siendo esta concepción ética la causa del atraso en el desarrollo del sistema bancario.

Génova fue una ciudad muy activa en cuestiones bancarias, en el siglo XII ya se conocía a los *banchieri* (banqueros italianos) para designar a los cambistas que operaban sentados en sus bancos en Plazas Públicas, como los *trapezitas* de la época antigua. Los cambistas recibían depósitos que a su vez eran invertidos en operaciones de cambio marítimo, efectuaban provisiones de fondos por cuenta de sus clientes en la misma Génova bajo la forma de *giroconti* (es un tipo de caución que se dio durante la edad media) y en el exterior por medio de sus corresponsales o sus filiales utilizaban letras de cambio.

Durante esta época, el comercio del dinero aunque en forma rudimentaria, estaba confiado a los cambistas locales para que reconocieran las monedas acuñadas de diversas ciudades e identificaran a las que fueran falsas, también establecían con precisión el contenido y peso correcto de metal precioso. Los cambistas se regían por estatutos, fueron asociaciones muy respetables e incluso, por príncipes.

En el año 1400, en Génova, la palabra banco comienza a diferenciarse para designar a esas entidades, lo anterior fue a partir del Banco de San Jorge de Génova que fuera creado en un sentido moderno en el año 1407 ya que

anteriormente era conocido como Casa de San Jorge. Dicho banco se dividía en dos secciones: la primera, recibía depósitos y efectuaba *giroconti*; la segunda, surgió como una administración autónoma de la deuda pública de Génova, acordaba préstamos a los encargados de los impuestos y de la República excepto a los particulares.

En Florencia, además de banqueros, había recaudadores de impuestos y comerciantes, entre los que destacaron los nombres de algunas familias como: los *Acciaoli*, los *Anguissola*, los *Bardi*, los *Frecobaldi*, los *Peruzzi*, los *Guidagni*, los *Ugolini* y los más importantes de su época que fueron los *Médicis*. También algunas instituciones fueron reconocidas por sus actividades bancarias, entre ellas: Monte *Vecchio*, Taula de *Canvi* de Barcelona, el Banco de Valencia, el Banco de San Jorge, el Banco de Rialto y el Banco de *Ámsterdam*. Destacan también los *nummulari* (antiguo banquero romano) que reaparecen con el nombre de captores.

En Venecia durante el siglo XII, se estableció la banca de depósito más antigua, cuyo objetivo era cubrir las necesidades financieras del Estado causadas por las guerras. Además se crearon algunas disposiciones, entre ellas: un documento del año 1270 en el que se impone a los banqueros conceder una caución que era depositada a los cónsules de los mercaderes, ya que eran la autoridad que se encargaba de los tráficos. En el año 1374, se impone otra disposición que prohibía a los banqueros el comercio del hierro, estaño, cobre, azafrán y plata por considerarse negocios de mucho riesgo. En el año 1403, se establece que las exposiciones crediticias del banco no deben ser superiores a las del Estado y en el año 1523, se instituye una oficina llamada “Proveedores sobre bancos” cuya misión era vigilar a los bancos. Todos los bancos contaban con sucursales en el resto de Italia y en varias partes de Europa, siendo el norte de Italia quien contara con mayor volumen de operaciones y desarrollo en técnicas bancarias.

En el siglo XII surgen los bancos privados, es así como se funda el Banco de San Giorgio en Génova, recibía depósitos sin interés y realizaba cambios de moneda, también se establece el Banco Vital o Fondo Común de Venecia, recibía

monedas y lingotes que se registraban tomando como base de medida unitaria el peso del metal, en vez de unidades monetarias, por lo que los asientos en los libros se hacían en presencia de los interesados. Para finales de la Edad Media surgen los bancos de Estocolmo y Ámsterdam, en ellos ya no era necesaria la presencia de los interesados para operar, por lo que para algunas personas este hecho representa el antecedente de billete de banco.

Fueron los siglos del XII al XIV cuando se crearon una gran variedad de operaciones: depósitos a interés, préstamos, anticipos, giros, inversiones, así como, el perfeccionamiento de la contabilidad y el sistema de partida doble.

También después de experiencias desagradables se aconseja y realiza la separación de las actividades financieras de las comerciales. Con dicha separación se obtuvieron grandes beneficios, a tal grado que la mayoría de esas prácticas son ejercidas en la actualidad.

Entre otras actividades están, la creación del Monte Vecchio por parte de acreedores de la República, dando origen a su documento de Deuda Pública que era objeto de compraventa como papeles comerciales; se crearon los primeros bancos de depósito, a los que se les llamó “de giro”, ya que las operaciones que realizaban consistían en las transferencias entre cuentas. El comercio interno y externo se facilitó, ya que los bancos recibían metálico de los particulares, abriéndoles un crédito en registros que eran transmitidos de uno a otro particular, es decir, sólo había anotaciones en los registros y ningún movimiento de monedas.

Los Toscanos, fueron comerciantes de Siena ubicada en la provincia de Toscana en Italia, Lucca también ubicada en Italia y principalmente florentinos que viajaron por muchos lugares para establecer filiales y que a pesar de los riesgos lograron acumular grandes utilidades y desarrollaron técnicas bancarias, instituyendo letras de cambio, el giro y el aval. Viajaban a diferentes ciudades para realizar sus negocios, principalmente en días de feria por motivos de festejos del santo patrono del lugar que visitaban, establecían filiales y administradores.

En el caso particular de los toscanos, se les asignaba el cobro del óvolo de San Pedro en el extranjero por cuenta de la Santa Sede, dicha situación fue motivo para que a los toscanos se les llamara *usurari papae*. A cada feria que asistían llevaban sus mesas, cajas y libros y a ellos se allegaban una gran cantidad de mercaderes para depositar su dinero. Es gracias a banqueros como los toscanos que surgen las grandes casas bancarias en Europa, siendo el inicio de un gran desarrollo en el Nuevo Mundo, las actividades en las casas comerciales incluyen a las bancarias, pero poco a poco éstas últimas adquieren mayor importancia, hasta ser la actividad principal, surgiendo así los bancos como empresas especializadas.

Fueron los Templarios, caballeros de orden militar y religioso en Italia y Francia quienes sustituyeron a los hebreos en sus funciones bancarias, la Orden de los Templarios fue notable en sus actividades bancarias en Europa, específicamente como: banqueros, tesoreros de la Iglesia, de los Reyes y de particulares; se crearon con carácter religioso-militar.

Con el surgimiento de nuevos conflictos en los que Jerusalén es devastada por los infieles, provoca que los templarios abandonen Palestina refugiándose en Chipre y posteriormente en París, estableciéndose en un edificio al que llamaron <Le Temple> (la fortaleza), lugar al que llegaron con el oro, plata y joyas que pudieron resguardar en poco tiempo. Los templarios perdieron su prestigio al grado de ser atacados y acusados de herejía por el Rey de Francia, Felipe el Hermoso, sus bienes les fueron confiscados y en octubre de 1307 fueron condenados a muerte ya que aceptaron haber renegado del Redentor y de haber llevado una vida infame.

Los templarios representaron a la organización financiera más grande que se haya conocido, alcanzaron su mayor auge durante el siglo XIII, terminando a principios del siglo XIV de manera muy trágica. Durante ese período también destacaron algunos monasterios que se convirtieron en importantes centros bancarios, gracias a sus funciones como recaudadores de impuestos, prestamistas e incluso con garantía hipotecaria.

Durante el siglo XIII existieron algunas instituciones que recibían depósitos de particulares pagando un interés, administraban los recursos de los gobiernos y les otorgaban préstamos, se llamaron montes, existían grupos religiosos que estaban en contra de ellos, y para demostrarles su oposición, en el año 1463 en Orvieto, fue creado con autorización del Papa, el primer Monte de Piedad o Montepío, como respuesta de un sector de la Iglesia a la actividad usuraria.

Los avances, los cambios, las creaciones de nuevas actividades, de especialistas o profesionales y de las instituciones, dan paso a una nueva visión de la función bancaria de diversos países como los Europeos, entre otros, es el momento de hablar de una nueva época en la que las innovaciones tecnológicas, los conocimientos y la experiencia son considerados como el comienzo de una nueva época, la época moderna.

De 1800 a la época actual la actividad bancaria cobró mayor importancia tanto para Europa como para América, se fundan numerosos bancos, sus actividades se fueron ampliando y cobrando determinadas características, que de acuerdo al texto del Dr. Miguel Acosta Romero son:

1. “Está vigilada y regulada por el estado.
2. La emisión de moneda y billete y la regulación del crédito y de la política monetaria y financiera, se hace a cargo, o está encomendada a una institución central que, en la mayor parte, si no es que casi en todos los estados, es el gobierno.
3. Los gobiernos vigilan el sistema financiero y su operación a través de organismos especializados que pueden ser los propios bancos centrales, como el Sistema de Reserva Federal en los Estados Unidos de América; o dependencias de los Ministerios o Secretarías de Hacienda, como en México, a través de la Comisión Nacional Bancaria y, en otros países, las superintendencias de bancos.
4. Para dedicarse al ejercicio de banca y crédito, se requiere de cumplir con los requisitos que establecen los gobiernos, que van desde una concesión hasta simples autorizaciones.

5. ...La especialización y diversificación de operaciones bancarias, es un fenómeno que se puede apreciar fundamentalmente en Europa....
6. Han surgido diversos tipos de banco...”⁴

2.2 Evolución de la banca en México

No podemos considerar la existencia de actividad bancaria antes de la época colonial, ya que “de 1523 hasta septiembre de 1821, no hubo en lo que se conoció como la Nueva España, propiamente bancos o sucursales de banco españoles que trabajaran en dicho territorio colonial...”⁵ y el crédito era concedido por órdenes religiosas o consulados. Sin embargo, existió regulación de la materia desde el siglo XV, encontramos la Taula de Cambi, la ley general para el establecimiento de bancos y en 1782 se fundó el Banco de San Carlos, algunos otros autores señalan que en la Novísima Recopilación⁶ se encontraban reglas para la actividad bancaria y de cambios.

Para 1784 se creó el banco de Avío, cuya principal función era otorgar crédito a los mineros, pero su duración fue muy corta, además de contar con una pésima gestión ya que los créditos otorgados fueron mínimos al igual que los resultados.

Anterior a este banco se fundó el primer Monte de Piedad el 2 de junio de 1774, cuyo nombre era el Monte de Piedad de Animas, cuya función principal era otorgar préstamos a los pobres.

En los años posteriores a la independencia encontramos nula actividad bancaria, de 1821 a 1867, sin embargo, se estableció la primera agencia bancaria en el año de 1824 que fue la casa de Barclay, por otra parte el gobierno mexicano organizó los primeros bancos, el Banco de Avío del 16 de octubre de 1830 cuyo presidente fue el Secretario de Relaciones Exteriores, mismo que fue liquidado por decreto del 16 de septiembre de 1841.

⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel, op. cit., nota 33, p. 105.

⁵ Ibídem p. 107

⁶ Sistematización del derecho español editado en 1806.

El 16 de Mayo de 1854 surgió un Código de Comercio, el 29 de julio de 1857 se aprobó la concesión a los señores Ligar de Libessart y Socios para establecer un banco de emisión cuyo nombre sería el Banco de México autorizado para imprimir billetes por un periodo de 10 años, sin embargo este banco nunca llegó a operar.

La constitución de 1857 no contempló a la materia bancaria como federal, por lo que algunos estados establecieron bancos de emisión. Fue hasta 1864 que en México operó una sucursal del banco de Londres y Sudamérica en el estado de Chihuahua y con la protección de concesiones expedidas por el ejecutivo local, surgió el Banco de Santa Eulalia en 1875 y el Banco de Hidalgo poco después.

Entre 1867 y 1889 se promulgaron los dos primeros Códigos de Comercio en Vigor, el 23 de agosto de 1881 el Gobierno del presidente Manuel González autorizó al banco Franco Egipcio para realizar actividades de depósito, descuentos y emisión bajo el nombre de Banco Nacional Mexicano;

En 1883 Eduardo L'Enfer obtiene concesión para el Banco Mercantil, Agrícola e Hipotecario y nuevamente en Chihuahua se establecen en ese año el Banco Minero, el Banco de Chihuahua y el Banco Mexicano de Chihuahua. Posteriormente, a partir de 1888 se establecen otros bancos, entre ellos dos de emisión en el estado de Yucatán y algunos más en la capital del país.

Todas esas instituciones se habían creado bajo contratos distintos. Así, lo anómalo de las concesiones bancarias que se habían otorgado no residió en su número ni en su frecuencia sino en la extrema diversidad en sus términos y cláusulas. Después de un intento fallido en 1890, en 1896 el entonces ministro de Hacienda de Porfirio Díaz, José Ives Limantour inicia los trabajos para expedir una ley bancaria al amparo de la cual pudieran uniformarse los términos operativos y funcionales para los bancos que ya existían y para los que se establecieran en el futuro. Desde el punto de vista de la especialización para las instituciones, la Ley de Instituciones de Crédito que se promulgó en 1897 contempló tres modelos bancarios: bancos de emisión (bancos de depósito y

descuento con facultad para emitir billetes), bancos hipotecarios y bancos refaccionarios.⁷

En resumen, hasta poco antes de que estallara la Revolución en 1910 la estructura bancaria de México se encontraba integrada de la siguiente manera: había 24 bancos de emisión entre los cuales se contaban el Banco Nacional de México y el Banco de Londres que el 18 de febrero de 1882 se fusionó con el Banco Nacional Mexicano, el Banco de Empleados de 15 de Junio de 1883 cuya función principal era el de banco de emisión, hecho que originó una reforma al artículo 72 constitucional de fecha 14 de diciembre de 1883 que autorizaba al congreso para legislar y regular la actividad bancaria.

A partir del Código de 1884 se reguló la actividad bancaria en nuestro país, los bancos requirieron entonces de autorización por parte del gobierno federal para realizar actividades, debían pertenecer a sociedades anónimas compuestas por lo menos de 5 socios fundadores, para los bancos de emisión se estableció que los billetes deberían llevar sello de la Secretaria de hacienda y una firma de un interventor de gobierno.

El Código de Comercio rigió la actividad bancaria en el periodo comprendido de 1889 a 1897 cuando surge la Primera Ley General de Instituciones de Crédito, de 19 de marzo de 1897 en la que se establecieron 4 tipos de instituciones:

- 1) Bancos de Emisión
- 2) Bancos Hipotecarios
- 3) Bancos Refaccionarios
- 4) Almacenes Generales de Depósito.

Sin embargo, siguieron los problemas en materia de emisión de billetes.

⁷Cfr. *Historia sintética de la banca en México*, en <http://www.banxico.org.mx/sistemafinanciero/inforgeneral/hisbancmex/Hissinbanca.pdf>, consultado el 29 de diciembre de 2009.

2.2.1 Banca Privada (1897-1982)

La ley General de Instituciones de Crédito de 1897, por primera vez establece una base general para la organización y funcionamiento de las Instituciones de crédito, y a partir de su vigencia se da un periodo fundamental de la historia de los bancos en México pero adoleció de ciertos problemas por permitir un sistema desigual entre los bancos nacionales y locales ya que el banco nacional estaba autorizado para establecer sucursales y agencias en toda la República mientras que a los locales no les eran permitidas las sucursales dentro del Distrito Federal, de ahí que el gobierno mexicano se viera obligado a crear el Banco Central Mexicano para establecer un punto intermedio.

La fuerza política y económica detrás de los bancos había impedido durante el porfiriato, la implantación de la reforma bancaria que demandaban las necesidades financieras del país. Los argumentos jurídicos de los bancos dejaron de tener validez después de 1915 con el advenimiento de Carranza, el cual tenía una concepción financiera netamente nacionalista, pretendiendo el reconocimiento de toda moneda emitida por el gobierno constitucionalista.

La primera emisión de billetes, por la aún rebelión carrancista, se celebra en Piedras Negras, Coahuila el 26 de Abril de 1913 y se hacen intentos por unificar el papel moneda, en septiembre de 1915 en Veracruz se emite un decreto que obligaba a los bancos a cumplir con las disposiciones de la Ley Bancaria de 1897, es decir respaldar con 50% de garantía en metálico su emisión de billete

Es en 1913 cuando el gobierno federal cambió el funcionamiento del sistema bancario ya que la emisión indiscriminada de billetes por parte de los bancos particulares y el monopolio del manejo del sistema bancario a los bancos privados estaban produciendo serios problemas en el desarrollo económico del país por lo que se comenzó a reorganizar la actividad financiera, para que esta se manejara e inspeccionara por el gobierno federal y se contara con un banco del estado que emitiera los billetes.

En octubre de 1915 se crea la Comisión Reguladora e Inspector de Instituciones de Crédito para vigilar la actuación de los bancos. Esta Comisión verifica la mala situación de estos y son clausurados algunos bancos como el Peninsular de Yucatán⁸

En Mayo de 1916, se constituye la Comisión monetaria para regularizar la circulación monetaria y se crea el billete infalsificable en junio del mismo año. En Septiembre de 1916 la orientación política cambia drásticamente en la fase crítica del conflicto entre carrancistas y villistas. Por tal razón, se toma la decisión de abrogar las leyes que autorizaban las concesiones del Banco de Emisión, afectando al Banco Nacional y al Banco de Londres y Sudamérica, interviniendo los bancos y adjudicándose el gobierno la existencia de metálico.

En marzo de 1917 se retira la circulación del papel moneda retornando a la circulación de oro y plata y en ese mismo año el constituyente permanente estableció la facultad expresa del estado para emitir billetes y monedas, elevando la misma a rango constitucional al ordenar en su artículo 28, que el monopolio de la acuñación de moneda y de la emisión de billetes sería del gobierno federal, y este mismo artículo preveía la creación de un Banco Central. Además, el art. 73, fracc. X de la constitución faculta al congreso para legislar en materia bancaria.

A continuación se transcribirán los artículos 28 y 73, fracción X de la Constitución de 1917:

Artículo 28. En los estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un sólo banco que controlará el gobierno federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de

⁸ Silva Herzong, Jesús Y Lecona V, Ramón (compiladores), *Banca Central en América Latina*, México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericano, 1991. Págs. 15-25

sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorgue a los perfeccionadores de alguna obra.⁹

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

X. Para legislar en toda la república sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, instituciones de crédito y energía eléctrica, para establecer el Banco de Emisión Único en los términos del artículo 28 de la Constitución y para expedir la leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 de la propia constitución.¹⁰

Es importante subrayar la importancia de los artículos anteriormente transcritos, ya que se observa a todas luces la preocupación del legislador por establecer un orden en el sistema bancario del país.

En enero de 1921, a meses de tomar posesión la Presidencia el General Álvaro Obregón, se expidió un decreto con el fin de rehabilitar a los bancos en situación de seguir operando.

Un personaje muy importante en el desarrollo de la banca en México fue Manuel Gómez Morín, quien durante 1920 y 1921 trabajó en la redacción de la Ley de Liquidación de los Antiguos Bancos de Emisión e intervino en la reforma de la Ley de Instituciones de Crédito de 1897, en la creación del Departamento Técnico Fiscal, así como en el primer intento por establecer el Impuesto Sobre la Renta.¹¹

Es así como el mandato constitucional se cumplió cabalmente al ser expedida con posterioridad la ley que crea el Banco de México, reglamentaria del art. 28 constitucional, publicada el 31 de agosto de 1925, en el que participan en su creación un grupo de destacados personajes del ámbito financiero. Manuel Gómez Morín, Fernando de la Fuente y Elías Lima, formando para el efecto una comisión. El Banco de México es inaugurado por el presidente Plutarco Elías Calles el 1 de Septiembre de 1925.

⁹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 36 ed., México, Porrúa, 2004, p. 853 y 854.

¹⁰ *Ibíd.* P. 8455-847

¹¹ Cfr. Centro Cultural Manuel Gómez Morín, AC, *Semblanza* en <http://ccmgm.itam.mx/?q=semblanza/> consultado el 2 de enero de 2009.

Durante este periodo denominado banca privada se expidieron diversas leyes que desglosaremos a continuación¹²:

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios 1924 y publicada en 1925; esta Ley dio fin al desorden existente, toda vez que, instauró un mayor control en la actividad bancaria; señaló los tipos de instituciones que integraban el sistema: Banco Único de Emisión, Comisión Monetaria; bancos hipotecarios, industriales de depósito y descuento además, estableció por primera vez la necesidad de vincular la función crediticia con la atención de los problemas nacionales. Durante este periodo se crea la Comisión Nacional Bancaria (1924).

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (1926). Esta ley origina el sistema bancario moderno tendente a aumentar la concepción del crédito hasta comprender en él todas las actividades de producción del país; suprime los bancos industriales, y sus operaciones pasan a formar parte de los bancos refaccionarios, se adicionan las cajas de ahorro, almacenes generales de depósito y las compañías de finanzas; y se regula por primera vez a los bancos de fideicomiso.

Ley General de Instituciones de Crédito 1932. Esta ley abandona el principio de especialización estricta de las instituciones, por otro de especialización real, con arreglo a los cuales, los recursos procedentes de cada grupo de operaciones pasivas debían invertirse en operaciones activas de crédito y de esta manera una misma institución podía efectuar diversas operaciones.

Asimismo, incorporó a las Instituciones de crédito estatales y reglamento el funcionamiento de las Organizaciones Auxiliares del Crédito. En la exposición de motivos resaltaron actividades en las que era necesaria la intervención de entes que no fueran de la iniciativa privada por lo que esta ley comprendió 2 tipos de bancos: instituciones de crédito e instituciones nacionales de crédito estas últimas con un régimen legal especial, así el artículo 2 de esta Ley la definía como “las

¹² Cfr. DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, T.I, Edit. Porrúa, 3ª Ed., México, 2000 Pág. 32 y 33.

constituidas con intervención del Estado Federal, bien que éste suscribía la mayoría del capital, bien que, aún en el caso de no hacerlo, el Estado se reserva el derecho de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de la Junta Directiva o de aprobar o vetar las resoluciones que la Asamblea o el Consejo tomen”.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Durante la vigencia de este ordenamiento se establecieron los fideicomisos públicos y fondos de fomento. En 1950 el estado establece unidades técnicas especializadas en algunos sectores de la economía. Así surgen los fondos de fomento económico o “bancos de segundo piso”. El gobierno encontró en la figura del fideicomiso público la base para la constitución de estos fondos.

Entre las modificaciones y adiciones que tuvo este ordenamiento, son de especial importancia son la siguientes;

° **Reconocimiento a los grupos financieros.** En 1970 se reconoce a dichos grupos que son el paso intermedio entre la banca especializada y la banca múltiple. Para 1974, la normatividad, la normatividad permite la fusión de distintos tipos de instituciones, aunque los servicios al público eran prestados por departamentos independientes.

° **Desarrollo Internacional de la Banca Mexicana.** Las del 3 de enero de 1974, introdujeron el desarrollo internacional de la banca mexicana, al permitírsele la posibilidad de establecer sucursales o agencias en el extranjero. Las instituciones mexicanas que con base en estas reformas comenzaron a ingresar en los mercados internacionales de dinero y capitales, fueron: Bancomer, S.A., Banco Nacional de México, S.A., Y Multibanco Comermex, S.A.

° **Banca Múltiple.** Mediante reformas publicadas en el D.O.F. del 27 de diciembre de 1978, se incorporó al sistema mexicano el funcionamiento de la banca múltiple, mediante la cual en una sola institución de crédito se pueda otorgar a la clientela las diversas operaciones y servicios que contempla la Ley Bancaria.

Para 1982 el presidente José López Portillo ordena la nacionalización de la banca. Durante la crisis económica de México en 1982, ocasionada por el elevado incremento de la deuda pública externa, el presidente de la República anunciaba en su último informe, tanto el control generalizado de cambios como la nacionalización de la banca, es decir tuvieron que pasar 85 años para que se pasara de un régimen de prestación de servicio privado a uno eminentemente público.

2.2.2 Banca Nacionalizada o Banca Pública (1982-1990)¹³

De acuerdo con lo especificado en el decreto expropiatorio correspondiente, el presidente José López Portillo expropió a la banca privada por las siguientes razones: los bancos privados habían obtenido ganancias excesivas en la prestación de un servicio público concesionado; habían creado de acuerdo con sus intereses fenómenos monopolísticos con dinero aportado por el público; a fin de que el crédito no se siguiera concentrando en los estratos altos de la sociedad y llegara oportuno y barato a la mayor parte del pueblo; para facilitar salir de la crisis económica que se había agravado por falta de control directo del Estado sobre el sistema financiero; para el mantenimiento de la paz pública y poder adoptar medidas necesarias orientadas a corregir trastornos internos.

Entre esas “medidas necesarias” sobresalía claramente la implantación de un control de cambios generalizado. Por ello, conviene citar también los considerandos que se expusieron para justificar la adopción del control de cambios. Las acciones de austeridad y ajuste en materia de política económica que se habían aplicado para contener la crisis no habían dado resultado principalmente por la cuantía de las fugas de capital. La crisis económica que se había padecido al menos desde mediados de 1981 había sido causada por dos fenómenos: la contracción de los mercados externos para los productos de exportación de México y el encarecimiento y menor disponibilidad de crédito externo.

¹³ Cfr. Banco de México, en [http:// www.banxico.org.mx/.../inforgeneral/hisbancmex/Hissinbanca.pdf/](http://www.banxico.org.mx/.../inforgeneral/hisbancmex/Hissinbanca.pdf) consultado el 3 de enero de 2010

En cuanto al objeto expropiado, en el decreto correspondiente se estableció que se expropiaban “a favor de la Nación” (las instalaciones, edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones que tengan en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles de los bancos expropiados). Cabe también recordar los casos de excepción para ese acto expropiatorio. Quedaron exceptuadas de expropiación las instituciones nacionales de crédito y la banca mixta —en razón de que ya formaba parte del gobierno—, el Banco Obrero —que pertenecía al sector laboral— además de Citibank y las oficinas de representación de bancos extranjeros —en razón de que no eran entidades propiedad de mexicanos—. Esta última es la explicación por la cual a ese acto no se le podía llamar “nacionalización”, pues no se expropió a personas físicas y morales extranjeras.

Una vez consumada la expropiación de los bancos, se implantaron y estuvieron vigentes hasta finales de noviembre de 1982 o principios de diciembre las siguientes medidas de política bancaria, estas medidas, anunciadas el 4 de septiembre de 1982 fueron de dos tipos: unas relativas a la estructura de las tasas de interés y otras respecto a la política de tipos de cambio aplicables a las operaciones de los bancos.

En cuanto a tasas de interés se dispuso que: 1) las tasas sobre nuevos depósitos disminuyeran dos puntos porcentuales por semana durante cinco semanas; 2) el rendimiento anual para los depósitos de ahorro se elevaran de 4 a 20 por ciento; 3) las tasas activas aplicables a los créditos vigentes para empresas productivas se redujeran de una sola vez cinco puntos porcentuales; 4) las tasas aplicables a los créditos por vivienda de interés social se redujeran hasta 23 puntos porcentuales para unificarse en 11 por ciento. En cuanto a los créditos y a los depósitos de la banca denominados en moneda extranjera se acordó lo siguiente: a) a los créditos se les aplicaría el tipo de cambio “preferencial” de 50 pesos por dólar; b) a los depósitos se les aplicaría el tipo de cambio “ordinario” de 70 pesos por dólar.

Respecto a este último punto cabe aclarar que cuando se adoptaron estas últimas medidas el tipo de cambio en el mercado libre se ubicaba en 100 pesos por dólar y aún por arriba. ¿Cuál fue el costo que implicó para la banca la aplicación de las medidas mencionadas es un asunto de estimación? Según quien fuera Director General del Banco de México de septiembre a diciembre de 1982 (Carlos Tello), todas esas medidas redujeron los ingresos de la banca, disminución que fue compensada mediante una elevación del rendimiento por el encaje legal. Así, mientras la denominada “conversión de mex dólares a pesos” aunada a la modificación de las tasas pasivas y activas de la banca ascendió en el agregado a casi 32 mil millones de pesos, el efecto por el aumento en la remuneración del encaje legal sumó poco más de 19.3 miles de millones. El resultado neto de este balance ascendió, en términos del entonces Director General del Banco de México, a poco más de 12.5 miles de millones de pesos, cantidad que se contabilizó a cargo del instituto central como un concepto de su pasivo.

Según el presidente Miguel de la Madrid (1983-1984), la expropiación de la banca abrió la oportunidad para racionalizar la estructura del sistema financiero. Este proyecto implicó la conclusión de tres etapas. En primer lugar, habría que concluir con el proceso de la expropiación mediante la indemnización de los accionistas bancarios que habían sido expropiados. El segundo paso implicó la redefinición de la figura institucional de banco y realizar un nuevo deslinde de las fronteras entre el ámbito bancario y el resto del sector financiero. Una tercera etapa llevó a la reestructuración del sistema bancario, para buscar mayor eficiencia y competencia conservando la rentabilidad de las instituciones.

El gobierno del presidente López Portillo expropió los bancos, pero fue el régimen sucesor del presidente Miguel de la Madrid el que tuvo que encargarse de la indemnización de los banqueros expropiados y de organizar y poner en ejecución una situación inédita en México: la de la banca en manos del sector público. El aspecto más controvertido de la indemnización bancaria fue el de la valuación de los bancos expropiados. ¿Cuánto vale un banco? Para resolver este problema se tomaron en cuenta varios criterios pero a final de cuentas se adoptó

el de valor económico, que consistió en evaluar la capacidad de cada banco para generar utilidades en el futuro.

La indemnización de los ex accionistas de la banca se concluyó hacia el otoño de 1985. Los dos bancos más grandes (Banamex y Bancomer) absorbieron aproximadamente el 63 por ciento del importe total de la indemnización y si se agrega el tercer banco, esa participación se aproxima al 75 por ciento. En total, en ocho tramos de indemnización que se publicaron del 22 de agosto de 1983 al 23 de agosto de 1985 se indemnizó a los accionistas de las 49 instituciones que habían sido expropiadas.

Es ampliamente reconocido que el entonces presidente electo, Miguel de la Madrid, no estuvo de acuerdo con la expropiación de la banca privada. Es sabido que el licenciado de la Madrid ni siquiera fue consultado cuando se decidió esa medida. Una vez en el poder, aunque de la Madrid no acordó revertir la expropiación sí decidió que se conformara una banca mixta —con 30 por ciento de acciones en manos de inversionistas privados— y competitiva. En buena medida, fue por esta última razón que el régimen tomó la decisión de nombrar para que encabezaran a los bancos expropiados a profesionistas de gran prestigio y capacidad financiera.

El otro asunto fue en relación al deslinde de las fronteras entre la banca y el resto de las actividades financieras. De este reto emanaron dos medidas de gran importancia. La primera, en cuanto a la decisión de que se privatizaran las filiales —financieras y no financieras— de los bancos expropiados. La segunda, respecto a promover el desarrollo de un sistema financiero paralelo que pudiera competir contra los bancos ahora en poder del gobierno.

La razón legal para la privatización de las filiales de los bancos es que el objeto del decreto expropiatorio había sido el de expropiar sólo a los bancos comerciales. Otras razones invocadas para privatizar a las filiales de los bancos fueron las siguientes: restablecer el equilibrio en las actividades financieras diferentes a la bancaria entre sector privado y sector público; ser congruentes con

el principio de economía mixta y fomentar la inversión de particulares en el sector. En lo específico, de la aplicación de ésta última política derivó la privatización de las casas de cambio de los bancos.

Sobre todo durante los primeros años del régimen del presidente de la Madrid, hubo mucho interés en restituir la confianza que había sido tan dañada por la expropiación de la banca. Este enfoque implicó apoyar el desarrollo de la llamada banca paralela, en particular de las casas de bolsa. La estrategia conllevó que a dichas instituciones casi se les reservara el monopolio del manejo de los títulos de la deuda pública y limitar la capacidad de la banca para participar en la llamada captación no tradicional. Y en paralelo, también se promovió que avanzara el cambio estructural de la banca.

Así, de los 60 bancos que existían en 1982, mediante un cuidadoso proceso de fusiones se llegó en 1985 a 19 instituciones: seis de cobertura nacional, siete multirregionales y seis regionales. Todas estas transformaciones ocurrieron en un contexto en el que la banca logró primero sobrevivir y luego fortalecerse y también crecer.

A pesar del contexto de crisis económica que prevaleció de 1983 hasta el final del sexenio, los números de la banca en el periodo no fueron desfavorables. En el periodo de 1982 a 1988 la captación bancaria creció en términos reales 4.3 por ciento en promedio anual. El ahorro financiero que en 1982 representó 32 por ciento del PIB aumentó a 40 por ciento en 1988, aunque aún muy reducido en términos internacionales ese aumento fue de casi 25 por ciento. Por su parte, la cartera de crédito medida como proporción del PIB se incrementó de 17 por ciento en 1982 a 25 por ciento en 1987.

2.2.3 Banca Burocrática¹⁴

Esta etapa se caracteriza por la ineficiencia de la administración pública ya que la banca carecía de recursos para agilizar sus operaciones imposibilitando el

¹⁴ Cfr. Ibídem.

logro de los objetivos de desarrollo, además de lo anterior, la supervisión gubernamental fue casi nula acompañada de un sobreendeudamiento público y privado, ante esta situación la alternativa gubernamental fue la venta de los bancos al sector privado.

El proceso de reducción del tamaño del sector paraestatal se inició durante el sexenio de Miguel de la Madrid. Sin embargo, las privatizaciones más grandes y también más controvertidas se llevaron a cabo durante el gobierno del presidente Carlos Salinas (1988-1994). Fue dentro de este último programa que se aplicó la privatización de la banca comercial, llevada a cabo entre 1989 y 1990.

La privatización de la banca comercial consumada durante el sexenio del presidente Salinas requirió antes que nada de varias reformas jurídicas.

2.2.4 Banca Reprivatizada (1990)

A partir del mes de Mayo de 1990 se vuelve al sistema mixto de operación de los bancos, se deroga el párrafo quinto del artículo 28 constitucional, se promulga una nueva Ley de Instituciones de Crédito, **aunada a lo anterior se reforman todas las leyes que regularán el sistema financiero con el objeto de cambiar el concepto de concesión por el de autorización**, además se expide la ley para regular los grupos financieros; las sociedades nacionales de crédito e instituciones de banca múltiple a través de diversos que convierten en sociedades anónimas.

Las necesidades que se requerían satisfacer en la reprivatización eran las siguientes:

- a) Satisfacer demandas sociales y elevar el nivel de vida de la población.
- b) Ampliar y mejorar la calidad de servicios bancarios y crediticios
- c) Limitar la participación del sector público en la banca.

Como consecuencia de la satisfacción de dichas necesidades surgieron dos cuerpos normativos importantes: La Ley de Agrupaciones Financieras y la

Ley de Instituciones de Crédito, las cuales dieron como resultado la creación de grupos financieros y la propiedad de accionistas de las casa de bolsa.

Cabe mencionar que la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 perseguía los mismos objetivos que su antecesora con sus correspondientes ajustes a la realidad económica del país.

2.3 Crisis económica de 1994

El desequilibrio económico de 1994 correspondió a una serie de causas entre las que podemos destacar las siguientes:

Externas

- a) Escaso ahorro interno
- b) Excesivo gasto de consumo.
- c) El alza de las tasas de interés internacionales
- d) Reversión de la tendencia económica favorable, producto de la inestabilidad política
- e) Aumento en la emisión de títulos denominados en dólares (Tesobonos)

Internas

- A) El crecimiento del crédito aunado al sobreendeudamiento privado.
- B) La falta de experiencia de los banqueros privados.
- C) Poca supervisión gubernamental.
- D) Elevadas tasa de interés sobre los créditos.
- E) El deterioro de los activos bancarios
- F) La devaluación de la moneda.

El impacto de la crisis en el sistema financiero produjo que de los 18 bancos privatizados desde 1991, sólo ocho siguieran siendo controlados

por los accionistas originales, entre 1995 y 1997, 12 bancos fueron intervenidos y los intereses vencidos llegaron al 12% en diciembre de 1995.

Esta crisis obligó a tomar las siguientes medidas gubernamentales: en enero de 1995 se firma el Acuerdo de Unidad para Superar la Emergencia Económica otorgando un aumento a los salarios mínimos de 7%, **se crea, con recursos del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el BID, el departamento del tesoro de los Estados Unidos de Norteamérica y el banco de Canadá, el Fondo para la Estabilidad de la Paridad de más de 50 mil millones de dólares, se adopta el Programa de Acción para reforzar el Acuerdo de Unidad para Superar la Emergencia Económica**, en octubre de 1995 se realiza la Alianza para la recuperación económica en la que se plantea un incremento gradual de las Tarifas de gasolina energéticos y de bienes públicos y un incremento del 10% adicional para los salarios mínimos.

Por lo que hace al rescate bancario de enero de 1995 el banco central establece una ventanilla de liquidez en dólares para los bancos comerciales, alcanzando su propio máximo en abril de 1995 con **3,900,000,000** de dólares. En marzo del mismo año establece el programa de capitalización temporal con la finalidad de permitir a los bancos obtener capitales para pagar su deuda.

Entre las reformas legales posteriores a la crisis encontramos que aumentan la participación de los extranjeros en los bancos nacionales, se implementa el esquema de reestructuración de cartera a través de unidades de inversión (UDI), se implementó el Programa de Capitalización Permanente y Compra de Cartera en mayo de 1995 y se establece el Acuerdo de Apoyo Inmediato a Deudores, a efecto de reducir las tasas nominales para las tarjetas de crédito, créditos al consumo, empresariales, agropecuarios, hipotecarios y la reestructuración de créditos a plazos mayores.

Para diciembre del mismo año se crea la Unidad Coordinadora para Créditos Corporativos con el objeto de apoyar la reestructuración de créditos corporativos con múltiples acreedores.

Las medidas gubernamentales utilizaron el Fondo Bancario de Protección al Ahorro para hacer frente a los compromisos adquiridos en el rescate bancario.

El Fondo de Protección al a Ahorro y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario.

Podemos definir al Fondo Bancario de Protección al Ahorro como un fideicomiso administrado por el Banco de México que tenía por objeto la realización de operaciones preventiva tendientes a evitar problemas financieros que pudieran presentar las instituciones de banca múltiple, así como procurar el cumplimiento de obligaciones a cargo de dichas instituciones, con el objeto de protección expresa el fondo.¹⁵

El fondo Monetario de Protección al Ahorro sustentado en el art. 122 de la Ley de Instituciones de Crédito vigente en 1990 constituyó un fondo de contingencia para enfrentar problemas extraordinarios financieros originados por las diversas crisis económicas que generaron la insolvencia de los bancos por el incumplimiento de los deudores y retiro masivo de depósitos, de tal suerte el objetivo se redujo a asumir carteras vencidas y capitalizar a las instituciones financieras, lo rompe completamente con el objeto original del *FOBAPROA* de realizar actividades preventivas así como vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraída por los bancos, usuarios y accionistas.

La forma de operación del *FOBAPROA* en los casos de insolvencia de los bancos consistía en la intervención de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en la administración a efecto de que en primer lugar los accionistas fuesen los que aportarán más dinero, en su defecto se buscarán nuevos socios y cuando esto no fuere posible el fondo aportaría recursos a través de pagares avalados por el gobierno federal para que los bancos pudieran hacer frente a sus obligaciones, recibiendo en garantía las acciones de la institución.

¹⁵ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Aspectos Legales y Económicos del Rescate Bancario en México*, México, UNAM, 2002. p. 37

Ante los excesos de los bancos en el aprovechamiento del fondo, el legislador aprobó la Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999, la cual da sustento al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.

El instituto antes mencionado:

...es un organismo descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objeto es el de proporcionar a las instituciones de banca múltiple un sistema para la protección del ahorro bancario que garantice el pago, a través de la asunción de las obligaciones a cargo de dichas instituciones en forma subsidiaria y limitada, al tiempo que administra los programas de saneamiento financiero en beneficio de los ahorradores y usuarios de la banca salvaguardando todo en tiempo el sistema nacional de pagos.¹⁶

El IPAB tiene por objeto el saneamiento del sistema financiero, la emisión de bonos de protección al ahorro que es fundamental para la consolidación del sistema financiero en el mediano plazo, así como la administración de la deuda asumida con cargo al rescate bancario y la recuperación de activos.

Este Instituto Considera como Obligaciones garantizadas los depósitos, préstamos y créditos, y tiene la obligación de pagarlas cuando sean líquidas y exigibles en los casos en que se determine la liquidación de una institución de pagos o quiebra de ella.

2.4 El sistema bancario actual¹⁷

En 10 años, poco más de 70% de sus activos totales pasaron a extranjeros

El sistema bancario mexicano se caracterizó por grandes contrastes, cambios y retrocesos durante la última década. En sólo 10 años, la banca que opera en el país pasó mayoritariamente a manos de extranjeros, con poco más de

¹⁶ *Ibíd*em, p. 53-54

¹⁷ Cfr. *Noticias-Nayaritpunto.com*, en <http://www.nayaritpunto.com/portada/21748.html>, consultado el 3 de enero de 2210

70% de los activos totales, pero la creciente participación foránea fue insuficiente para alcanzar un mayor grado de penetración del crédito hacia el sector privado.

Un estudio de la Federación de las naciones de América Latina, cuyo porcentaje es de 36%. Latinoamericana de Bancos (Felaban) revela que en México, aproximadamente, 25% de las familias tienen acceso a servicios bancarios, lo que ubica al país por debajo del promedio¹⁸

Incluso, está por debajo de países como Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Uruguay, Brasil, Panamá y Chile; en este último, 60% de la población cuenta con acceso al sistema bancario.

En México se observa, además de la escasa penetración de los servicios financieros, una elevada concentración de la infraestructura financiera en cuatro entidades del país.

Sólo el Distrito Federal y los estados de México, Nuevo León y Jalisco alcanzan, en conjunto, una participación en ofrecimiento de servicios de 60%.

De acuerdo con estadísticas recientes de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), en estas cuatro entidades se reporta el mayor número de cajeros automáticos, sucursales, personal y cuentas de captación.

En contraste, existen 28 estados que su cuota de mercado en infraestructura y contratos bancarios no supera 5%.

Hay casos como Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Colima, Nayarit, Tlaxcala y Zacatecas en los que su cuota nacional no alcanza ni siquiera 1%.

¹⁸ El Universal, *La banca registra la mayor pausa en la última década* en http://www.eluniversal.com.mx/finanzas/vi_76260.html/ consultado el 4 de enero de 2010.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) advierte que la banca llega a menos de 500 municipios de los 2 mil 439 existentes.

Crecen vencimientos

El mayor retroceso de la década ocurrió con el crédito al consumo, en especial de tarjetas de crédito, indicador que mostró su mayor descenso durante 2009.

Cifras del Banco de México (Banxico) revelan que la contracción en los préstamos de tarjetas de crédito llegó a 27% en octubre de 2009.

Lo mismo ocurrió con la cartera vencida de tarjetas, cuyo índice de morosidad se ubicó en poco más de 9% al cierre de este año que termina.

Este acelerado crecimiento en la morosidad obligó a las instituciones a crear programas para solventar y aliviar el sobreendeudamiento de familias.

En los últimos dos años, se registró que cerca de 1.7 millones de personas decidieron reestructurar sus deudas de tarjetas, según datos de la Asociación de Bancos de México (ABM).

Si bien existe “una pausa” en la canalización de crédito, se lograron crecimientos en infraestructura, competencia y en el número de productos y servicios financieros.

En este momento, hay una plataforma en marcha que se activará con el crecimiento económico. Esta pausa, no debe llevar a la conclusión de que fue una década perdida para la banca.

El sector no define indicadores como la generación de empleo, el

crecimiento económico del país ni el ingreso per cápita, cuyas estadísticas han descendido en los últimos años.

En contraste, para la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), en materia del sector financiero y bancario en México, sí es una década perdida.

La oferta bancaria se concentró y se mantiene en el segmento de consumo.

La bancarización no sólo se refleja en las estadísticas, sino que las personas perciban las ventajas, las cuales no son palpables.

Desde nuestra óptica, la década sí se perdió para la banca como consecuencia del bajo nivel de penetración del crédito al sector privado respecto a otras naciones.¹⁹

Y los logros?

En la última década hay logros en temas de cultura financiera, así como de mayor transparencia en la información, pero se requiere que más clientes tengan acceso a un crédito competitivo.

En 10 años se alcanzó un crecimiento significativo en sucursales, en terminales punto de venta, cajeros automáticos y, sobre todo, en la dinámica de competencia.

De acuerdo con cifras de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), en 2000, los bancos mexicanos registraban 7 mil 39 sucursales; 109 mil empleados, 6 millones 633 mil contratos de tarjetas de crédito y 22 millones 782 mil cuentas de captación. A septiembre de 2009, se contabilizaban 10 mil 490

¹⁹ Cfr. El Diario de Chihuahua en http://www.eldiariodechihuahua.com.mx/notas.php?IDNOTA=17_9177/ consultado el 5 enero de 2010

sucursales, 158 mil empleados, poco más de 24 millones de contratos de tarjetas de crédito y 52 millones de contratos de cuentas de captación, entre los que se incluyen ahorro, nómina y depósitos a plazo.

En 2000, el promedio del indicador de capitalización se ubicó en 13.8%, mientras que al cierre de este año, el rango creció a más de 15%.

En terminales punto de venta, hace 10 años había menos de 200 mil; a la fecha suman poco más de 500 mil. No obstante, los bancos trabajan a 60% de su capacidad en cuanto a préstamos al sector privado.

Las razones de la baja demanda y colocación de créditos al sector privado se deben a varios factores: la crisis económica que se acompañó de una caída en el consumo; el aumento en la cartera vencida que frenó la oferta de préstamos, el creciente desempleo y el sobreendeudamiento de algunos sectores de la población.

La banca fue uno de los sectores más contrastantes del país.

Pese a su baja bancarización, la industria bancaria fue uno de los sectores que experimentó una de las mayores transformaciones en su interior.

En una década, la firma española BBVA se posicionó como la entidad más grande del sistema, al concretar, en 2000, la fusión con Bancomer.

En 2001, Citigroup de manera sorpresiva anunció la compra de 100% de las acciones de Banamex, en lo que entonces fue la operación de compraventa más grande de la historia del sector financiero.

El consorcio estadounidense pagó 12 mil 500 millones de dólares, de los cuales 6 mil 250 millones de dólares se cubrieron en efectivo, mientras que el resto se intercambió por acciones de Citigroup.

Durante la década desaparecieron diversos intermediarios: Serfin, que se fusionó con Santander y Bancrecer y Bitel, entidades que adquirió HSBC.

Al inicio de 2000, resurgió el interés de los empresarios por establecer nuevas instituciones financieras.

El primero fue Banco Azteca, de Ricardo Salinas Pliego; le siguió Ve por Más, de Antonio del Valle Ruiz. Y a éstos le siguió una larga lista que terminó por cerrarse entre 2006 y 2007.

Entre las instituciones financieras o bancos nuevos destacan aquellos que se ligan a las cadenas comerciales o empresas no financieras; algunos ejemplos son: Walmart de México, Multiva, Ahorro Famsa, Compartamos, Bancoppel, Consultoría Internacional, Autofin, Volkswagen, Prudential, New York Mellon, Banco Amigo y Banco Fácil, principalmente.

Entre los planes de la banca comercial en México para 2010 está avanzar en el proceso de bancarización.

En abril, el Congreso de la Unión aprobó la posibilidad de que los bancos lleguen a más personas, a través del sistema que se denomina corresponsales.

Con este esquema, las instituciones podrán contratar los servicios de terceros, es decir, las cadenas comerciales, de farmacias, de tiendas de conveniencia, podrán efectuar transacciones financieras a nombre y cuenta de los bancos.

Los topes individuales por estos movimientos serían del equivalente en moneda nacional a mil 500 Unidades de Inversión (Udis) para retiros de efectivo y pago de cheques, así como de 4 mil unidades de inversión para depósitos en

efectivo.

A la fecha, existen 10 instituciones registradas y que recibieron autorización para operar comisionistas, entre las que destacan American Express, Banamex, BBVA Bancomer, Banorte, Compartamos, HSBC, Inbursa, Invex, Scotiabank y el Banco Walmart de México.

Lo que se busca con este esquema es contribuir a elevar el nivel de bancarización en el país, y con ello, cubrir las zonas que no tienen acceso a los servicios financieros.

Conclusiones del Capítulo

1. El antecedente más remoto de la actividad bancaria se ubica en Babilonia, en donde se utilizó la plata como medio de cambio además de realizar operaciones de depósito y cambio.
2. En la edad media el sistema bancario se desarrolló con gran auge a través de ferias de comercio creándose las sucesiones de capital, montes de piedad y bancos públicos.
3. Del siglo XV al XVIII el servicio de banca fue desarrollado por banqueros privados como los Médicis de Florencia o los Fugger de Augsburgo.
4. Del siglo XVIII al XIX la evolución bancaria tuvo una mayor participación por parte del estado.
5. En México a partir del código de 1884 se reguló la actividad bancaria y los bancos requirieron de autorización por parte del gobierno para realizar actividades.
6. Nuestro sistema financiero ha pasado por crisis sistémicas por las que el cambio legal nos llevó a tener una banca privada de 1897 a 1982, una banca pública de 1982 a 1990, una banca reprivatizada en 1990 y actualmente a una banca extranjerizada y en crisis.

CAPÍTULO III

Servicio Público de Banca

Introducción

En los capítulos anteriores advertimos una transformación dinámica de la banca en México siempre acompañada de una crisis financiera y de cambios legales que se han ajustado a los gobernantes en turno. Lo que resalta de esta afirmación es que lo mismo sucedió en administraciones del partido hegemónico, PRI, que en las últimas con el partido de derecha, PAN.

Es sabido que, ante cualquier crisis, los organismos financieros internacionales autorizan líneas de crédito a los países emergentes como el caso de México con el propósito de sanear sus finanzas a cambio de cumplir con reformas estructurales y legales a través de cartas de intención que hagan del estado tradicional un estado gerencial.

Lo anterior significa que el estado tenga menos responsabilidad de gobierno y que sólo se dedique a garantizar la seguridad pública. Para ello, otorga a los particulares la posibilidad de prestar servicios públicos propios del estado y que ahora a través de autorizaciones o concesiones se delega a la iniciativa privada.

En este capítulo confirmaremos que el servicio público de banca ha dejado de ser parte de la rectoría económica del estado para pasar al dominio de extranjeros en su control y manejo.

El análisis de la banca como servicio público y sus aspectos administrativos de concesión o autorización serán los elementos que desarrollaremos en esta etapa.

3.1 Servicio Público

La idea de servicio público comienza de forma imprecisa en Francia y España, en el caso francés surge de forma jurisprudencial como resultado de la distribución de competencias, aunque de acuerdo con el maestro Miguel Acosta

Romero no se estableció una definición exacta, se parte de los siguiente parámetros:

- a) Cumplimiento de una misión de interés general;
- b) en condiciones exorbitantes del derecho común, y
- c) bajo la autoridad y control de una colectividad pública. También parece ser un elemento del concepto francés, el que los servicios públicos se sometían a un régimen de derecho público.¹

Estos elementos siguieron evolucionando y se enriquecieron con diversas aportaciones entre los que se encuentran:

- d) la teoría de separación de poderes o separación de funciones del poder público.
- e) El desarrollo tecnológico que entraña la revolución industrial.
- f) La secularización de las actividades eclesiásticas relativas a la salud, la educación y el bienestar social.
- g) La apertura de público de la posta real.
- h) La desamortización de los bienes eclesiásticos.
- i) El intervencionismo del Welfare State o estado de bienestar.
- j) La creación de una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción judicial y de la administración activa.
- k) La necesidad de dar fundamento a la atribución administrativa del gobierno.
- l) La necesidad de contar con una pauta para el reparto de competencias entre los órganos administrativos y judiciales.²

La evolución de la noción servicio público dio lugar a diferentes teorías entre las que se encuentran las siguientes.

° Teorías que lo consideran como toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes.

° Teorías que consideran como servicio público toda la actividad de la administración sujeta a un procedimiento de derecho público.

¹ Acosta Romero, Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo, Parte General*, México, Porrúa, 1996, p. 432.

² Fernando Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo, Servicios Público*, México, Porrúa, 1995, p. 30

° Teorías que consideran como servicio público solamente una parte de la actividad del estado.

De igual manera, se ha definido una clasificación de los servicios públicos

Clasificación de los Servicios Públicos

De acuerdo al texto del maestro Miguel Acosta Romero encontramos que los servicios públicos se clasifican en:

- a) Por razón de su importancia:
 - 1) esenciales y secundarios,
 - 2) Necesarios y voluntarios.
- b) Por razón de su utilización: obligatorios y facultativos.
- c) Por razón de su competencia: exclusivos y concurrentes.
- d) Por la persona administrativa: federales, locales y municipales.
- e) Por razón de los usuarios: federales y especiales.
- f) Por la forma de aprovechamiento: que benefician a los particulares *uti singuli* mediante prestaciones concretas y determinada y *uti universi* que satisfacen necesidades de manera general e impersonal.³

Por su parte, el maestro Jorge Fernández Ruiz señala la siguiente clasificación:

Criterio orgánico: Toma como referencia el carácter de la persona, institución o del órgano que tiene a su cargo el servicio público, de esta manera si el servicio lo presta un particular será privado, en tanto que si lo otorga el sector público entonces adquiere el carácter de público.

Criterio subjetivo: utiliza al elemento subjetivo como indispensable para justificar el uso del servicio público.

³ Cfr. Acosta Romero, Miguel, Op. Cit., nota 64, p. 436- 437.

Criterio jurídico: reclama un régimen jurídico especial para garantizar la protección de los intereses generales.

Criterio legal: considerado como el más pragmático de los criterios, considera que no existe más servicio público que el establecido en la ley.

Criterio funcional: de acuerdo a este criterio, no es importante quien lo preste sino que satisfaga una necesidad de carácter general para considerarse como servicio público.

Criterio material: hace referencia a la actividad de interés general que se encuentra a cargo de la administración pública.

Criterio teleológico: señala que la finalidad del servicio público debe ser la satisfacción de una necesidad pública o de carácter general.

Esta pluralidad de criterios nos permite afirmar que para la elaboración del concepto servicio público es usual emplear varios de ellos.

3.1.1 Servicio Público Propio

El maestro Jorge Fernández Ruiz, en su obra Derecho Administrativo, Servicios Públicos, define por servicio público propio o propiamente dicho como el que satisface necesidades de carácter general y es prestado por el estado o por el municipio, ya sea directamente por medio de sus órganos centrales de gobierno o mediante la llamada administración paraestatal o paramunicipal, como indirectamente a través de particulares a quienes se delega la prestación del servicio. ⁴

De conformidad con el autor, en el servicio público propio nos encontramos frente a una actividad no esencial del Estado que satisface una necesidad general atribuida por una ley a una persona de derecho público, sin perjuicio de que dicha actividad pueda ser delegada a particulares mediante el establecimiento de

⁴Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., en nota 65, p. 87-88

determinado mecanismo de la descentralización administrativa por colaboración, tal y como lo es la concesión de servicio público.

Un servicio público implica la decisión del poder público tendiente a satisfacer una necesidad específica de interés general, lo que se realiza a través de dicho servicio, en tanto que el acto de creación corresponde a una ley. Un ejemplo de ello se establece en el art. 28 constitucional que no dice que la sujeción a regímenes de servicio público se apegara a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

El estado tiene la obligación de vigilar y satisfacer las necesidades de interés general a través de los servicios públicos, los servicios públicos propios también son llamados servicios públicos propiamente dichos, por que deben de estar previamente considerados así por la ley.

Gastón Jéze define Servicio Público Propio como el que satisface necesidades de carácter general y es prestado por el Estado o por el municipio, ya sea directamente por medio de sus órganos centrales de gobierno o mediante la llamada administración paraestatal o paramunicipal, como indirectamente a través de particulares a quienes se delega la prestación del servicio.⁵

El servicio público propio es una actividad no esencial del estado, ya que como lo vimos en el primer capítulo puede ser prestado también por un particular (a través de la concesión), que satisface necesidades de interés general, sin embargo no existe el servicio público como tal sin que previamente la ley lo haya establecido.

Rafael Bielsan citado por Fauzi Hamdan Amad nos dice que son servicios públicos propios los que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionarios...⁶

3.1.2 Servicio Público Impropio

⁵ Jéze, Gastón citado por Jorge Fernández Ruiz Op. Cit., nota 65, p. 93

⁶ Hamdan Amad, Fauzi, *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, México, Porrúa, 2008, p. 34.

Los servicios públicos en sentido impropio son aquellos que surgen de la idea de que no importa la persona jurídica que lo preste, tampoco importa si la ley lo considera como tal, lo que importa el criterio subjetivo que utiliza al señalar que es servicio público cuando el destinatario es la colectividad.

3.2 Actividades de Interés Público

Comenzaremos por definir que es el interés público, este concepto ha sido usado en textos legales como sinónimo de necesidad pública, provecho común, interés social etc...no obstante no es lo mismo, sin embargo lo cierto es que el interés público tiene una mayor jerarquía y puede abarcar a los demás.

En el servicio público encontramos que se trata de actividades no atribuidas por la ley al poder público, aunque sujetas a fuerte intervención estatal mediante una regulación exorbitante del derecho privado.

Para García Trevijano - citado por el maestro Fernández Ruiz- distingue dos tipos diferentes de actividades de interés público: por una parte, aquéllas que sin incluir una prestación representa, sin embargo, un interés general dentro del marco estatal, como lo es el caso de la fabricación de material militar, o el de la explotación minera, hidráulica y de energéticos, por ejemplo.

El otro tipo de actividades de interés público se integra por aquellas cuyo desempeño requiere tener como base legitimadora una autorización de la administración pública por tratarse de un servicio de interés público y, por tanto, sujeto a un régimen jurídico especial, como los casos de la actividad bancaria o de la que corresponde a seguros.

En la doctrina también, se le conoce a los servicios de interés público como servicios públicos virtuales, servicios públicos impropios o impropriamente dichos y como servicios reglamentarios.

Luis Recaséns Siches citado por Rafael I Martínez y Morales en su libro Derecho Administrativo 3º y 4º curso señala que la naturaleza humana siempre

buscará su realización, y en ese contexto cada individuo tiene multitud de deseos que quiere concretar, y como es lógico entra en competencia y, por ende frecuentemente en conflicto, con los intereses e su prójimo; en este sentido, entiende el interés como la demanda o deseo que los individuos tratan de satisfacer; bien sea de forma personal, o bien, por medio del grupo social.⁷

Este razonamiento nos dice que un interés es una demanda o un deseo que los humanos pretendemos satisfacer y por tanto estos pueden tener diversa naturaleza, como un económico, moral o jurídico que el que a nosotros nos interesa y el que vamos a analizar, este interés jurídico es el que está protegido por el derecho.

Martínez Morales nos dice que el interés público es el deseo social para el logro de determinado beneficio común o la realización de ciertas acciones tendientes a la consecución de los fines que persigue un grupo nacional, que pueden estar previstos o no en el orden jurídico. En otras palabras hay interés público cuando un bien o servicio, material o cultural, común, sea proporcionado o protegido por el estado al considerarlo este muy valioso.⁸

Distinción entre Servicio Público Propio e Impropio

La primera diferencia entre ambos tipos de servicios consiste en el acto de creación, bajo esta premisa el servicio público propio tiene su origen en una ley que determina su desempeño por parte de la administración pública; por lo que corresponde al servicio público impropio, éste se deriva de un permiso o autorización que otorga determinada autoridad, destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, así como por tratarse de una actividad destinada al público que no está reservada a la administración pública o al Estado, pero si sujeta a una reglamentación y vigilancia del poder público que incluye la determinación unilateral de una tarifa de carácter obligatorio para la prestación del servicio.⁹

⁷ Martínez Morales, Rafael I, op. cit., nota 23, p. 159.

⁸ *Ibidem*, p. 165.

⁹ Fernández Ruiz, Jorge, op. cit. ,nota 65 , Pág. 91

Cabe señalar que en el caso del servicio público en general el prestador está obligado a ofrecer y prestar el servicio a quienes lo requieran y en el orden en que se presenten, rasgo que le permite distinguir de la actividad comercial simple.

Es importante señalar el aspecto correspondiente a la tarifa del servicio público, en las relaciones comerciales particulares las tarifas o precios de los servicios (y bienes) son reguladas por las leyes del mercado, tratándose del servicio público encontramos que la tarifa es obligatoria y se presentan dos casos: cuando la oferta es mayor a la demanda se trata de una tarifa tope ya que se está, en condiciones de proporcionarlo a quien lo solicite; el segundo caso corresponde al hecho de que la demanda es superior a la oferta, entonces la tarifa será fija e inderogable puesto que si se otorgara en condiciones de preferencia se originaría la exclusión de algunos individuos, lo que es contraria la obligación de prestarlo a cualquier persona que lo solicite.

Una diferencia importante entre ambos tipos de servicios públicos es el correspondiente al acto que da origen al servicio público impropio, en este caso, se trata de un acto administrativo por el cual se instituye servicio público considerando el interés público para su prestación. Esto nos lleva a otro aspecto fundamental del servicio público que a continuación analizaremos.

3.3 Autorización y Concesión

La autorización es una figura jurídica cuyo significado suele confundirse con frecuencia con la concesión. Efectivamente, es un aspecto meramente superficial las coincidencias entre ambos términos, pues los dos son actos de naturaleza administrativa que facultan a una determinada persona a la realización de alguna actividad sancionada por el derecho; sin embargo, en su aspecto fundamental, la doctrina jurídica ha desentrañado diferencias que las apartan en su concepción la una de la otra.

Para el maestro Gabino Fraga la autorización, licencia o permiso, es un acto administrativo por el cual se levanta o se remueve un obstáculo o

impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular¹⁰

Las autorizaciones (como las que se otorgan a los intermediarios financieros), se otorgan *intuitu personae*, se concretan a remover a favor de una persona jurídica determinada el límite u obstáculo que en forma general impone la ley para el ejercicio de una actividad jurídica y mercantil determinada, son actos administrativos que no otorgan o transmiten derecho patrimonial alguno, sino simplemente confieren una capacidad al particular de realizar ciertas actividades que, por su índole, no han sido reservadas por el propio Estado.

No sucede así con la concesión, en que la actividad le corresponde ser realizada en atención a su naturaleza o a disposición legal expresa, al Estado.

En ese sentido se expresa Gabino Fraga al mencionar que la concesión administrativa es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.¹¹

En la concesión hay una libertad de la autoridad para concederla o no, en la autorización está sometida a la ley, no está sujeta a la autoridad, la concesión es discrecional, puede o no concederse, en la autorización el particular puede exigir que se le otorgue si cumple con los requisitos de la ley, no es discrecional; la revocación en autorización debe ser con causa justificada, no es libre.

Teoría de la concesión

Este concepto ha variado tanto en la doctrina como en la práctica, Acosta Romero opina que la naturaleza jurídica se modifica de acuerdo a la tendencia de la actividad del Estado, de tal suerte, que en un Estado liberal se manifestará como un contrato otorgando a los particulares beneficiados determinados privilegios, dentro de un Estado intervencionista (con cierta tendencia al socialismo) la concesión surgirá como un acto administrativo dando como

¹⁰ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 20ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 236.

¹¹ *Ibíd*em, p. 236

resultado que el Estado realice las actividades consideradas para la prestación del servicio.

Existen otros periodos en donde no se considera como concesión como el caso del sistema bancario mexicano, en el que desde 1982 hasta 1990 se consideró como concesión, a partir de la reforma salinista se cambió el concepto para considerarlo como autorización.

En nuestro marco constitucional la concesión se establece dentro del artículo 28 que refiere:

...

...

...

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en caso de interés general concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley

...

Esta tendencia sigue el precepto constitucional en numerosas leyes, sin embargo, dentro de esos cuerpos normativos no se aplica el concepto concesión como tal, sino que se recurre a diversos nombres como licencia, permisos o autorizaciones sin que exista una sistematización o técnica.

El término constitución puede tener varios contenidos:

- a) Es el acto administrativo discrecional por medio del cual la autoridad administrativa faculta a un particular:
 - a. Para utilizar bienes del estado, dentro de los límites y condiciones que señale la ley, y
 - b. Para establecer y explotar un servicio público, también dentro de los límites y condiciones que señale la ley.
- b) El procedimiento a través del cual se otorgue la concesión, o a través del que se regula la utilización de la misma, aun frente a los usuarios, y

- c) Puede entenderse también por concesión, el documento formal, que contiene el acto administrativo en el que se otorga la concesión.¹²

La concesión puede ser vista como el acto administrativo a través del cual la administración pública otorga a los particulares el derecho para explotar el bien propiedad del estado o para explotar un servicio público. Podemos observar que en la doctrina del derecho administrativo, este concepto existe en diversos autores de forma esencialmente coincidente, e las obras de Gabino Fraga, Andrés Serra Rojas, Jorge Olivera Toro y Miguel Acosta Romero, se aprecian los mismos elementos que integran el concepto.

En la legislación administrativa federal existe una gran imprecisión al usar la palabra concesión. Usualmente se emplea en los casos en que se otorga a los particulares el derecho para explotar o aprovechar un bien del dominio público de la federación o bien, cuando se trata de la explotación de un servicio público, sin embargo, algunas leyes hablan de concesión sin que se trate de la explotación de un bien o un servicio público, o hacen mal usos del concepto, permiso o autorización, debiendo ser concesión.

Podemos afirmar que utilizar el concepto concesión, en lugar de permiso o autorización administrativa y viceversa, es un fenómeno común que se observa dentro de la legislación administrativa, la consecuencia lógica de esto es que no puede decirse que la ley reserve ciertas materias a la concesión y otras, a los permisos o autorizaciones.

Resulta lógico señalar que es por mandato legislativo que alguna actividad puede ser objeto de concesión o de permiso; por lo tanto, extender la concesión a actividades que no sean la explotación de bienes o de servicios públicos es decisión eminentemente legislativa.

Naturaleza Jurídica de la Concesión

La concesión no es una merced o favor otorgado, sino que constituye una decisión de la administración pública regida por la ley. Existe la posibilidad de que

¹² Acosta Romero, Miguel, Op. Cit., nota 64, p. 440-441

el concesionario llegue a convenir con la administración pública determinados aspectos del contenido de la concesión tal y como puede ser el de su régimen de tarifas, lo anterior, permite concebir a la concesión como un verdadero contrato y no como una simple decisión unilateral del Poder Público, sin embargo, es una falsa apreciación ya que la aceptación de la sola voluntad de la administración (o bien de la administración y de la del concesionario) no se produce con absoluta libertad sino que están sometidas a la ley de la concesión. Es por ello que, en nuestra opinión, la concesión administrativa aparece como decisión casi exclusiva del Poder Público ante ello el concesionario se subordina a la ley que rige la concesión y se adapta a las condiciones que se fijan para el otorgamiento de la misma por la autoridad administrativa.

Modalidades de la Concesión

No todos los bienes o servicios pueden ser objeto de concesión, encontramos que no pueden ser sujetos de concesión el petróleo, los carburos de hidrógeno sólido, líquidos o gaseosos, la petroquímica básica, los minerales radiactivos, el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía; tampoco generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de un servicio público, correos, telégrafos, radiotelegrafía, comunicación vía satélite, ferrocarriles. Existen áreas que si pueden ser susceptibles de concesión, pero que no permiten la participación de los extranjeros, por ejemplo, las concesiones de radio o de televisión; o bien, tienen una participación extranjera limitada en forma minoritaria como acontece en las concesiones mineras.

Referencia Histórica de los Términos Concesión y Autorización en la Legislación Bancaria

El Código de Comercio de 1889 eliminó de su texto la materia bancaria, pero dispuso que no podían establecerse bancos sin autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y sin el contrato respectivo, aprobado en cada caso

por el Congreso de la Unión. La ley de instituciones de crédito de 1897 ratifica que se requiere concesión especial otorgada por el Ejecutivo.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 exige el otorgamiento de concesiones para el establecimiento de bancos, indicando que las mismas tendrán sólo el carácter de una mera autorización para establecer y explotar instituciones de crédito con sujeción a las leyes que rigen sobre la materia. Esta situación se mantuvo en el artículo uno transitorio de la ley bancaria de 1926.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en su exposición de motivos indica que tales instituciones deberían quedar sujetas a un régimen especial y particular de los beneficios de ese régimen por el interés que la colectividad tiene en su eficaz desarrollo y buen manejo, agregando además que debían tener concesión del mismo Estado, estar sujetas a su vigilancia y participar de las ventajas adecuadas al interés público que existe vinculado su funcionamiento.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 dispuso que para dedicarse al ejercicio de la banca y crédito se requería concesión del gobierno federal. En 1946 se promulga un decreto que la reforma, en el artículo 1 mandó corregir las disposiciones en que se emplearan las palabras "concesión" y "caducidad" para sustituirlas por los vocablos "autorización" y "revocación", respectivamente. Los considerandos que explicaron la reforma contiene los siguientes argumentos:

La denominación de concesión es no sólo impropia, sino que se presta a confusiones lamentables entre las autorizaciones de policía y las concesiones de servicio público o de explotación del dominio de la nación.

Las autorizaciones de policía, como las que se dan a las instituciones de crédito, de seguros y fianzas, se otorgan *intuitu personae*, se limitan a remover en favor de una persona jurídica determinada el límite u obstáculo que en forma general impone la ley para el ejercicio de una actividad jurídica y mercantil dada, y

son actos administrativos que no otorgan o transmiten derecho alguno patrimonial, sino simplemente confieren una especial capacidad de obrar.

Las verdaderas concesiones son susceptibles legalmente de transmisión a título oneroso, mientras las autorizaciones no.

De no hacerse la debida corrección en la ley, podrían producirse controversias y se daría motivo a que se pretendiera comerciar con actos administrativos que sólo tienen como razón de ser, la salvaguarda del interés general.

A finales de 1962, un decreto de reformas y adiciones a la ley bancaria volvió a ordenar el cambio de la palabra autorización por la de concesión. Esta situación duró hasta que en la Ley de Instituciones de Crédito en vigor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, se establece nuevamente que las sociedades que pretendan dedicarse a la prestación del servicio de banca múltiple en nuestro país, deben contar con autorización intransmisible que, discrecionalmente, competirá otorgar al gobierno federal.

Determinación del Servicio Público de Banca como Concesión Disfrazada

En el Capítulo Uno denominado Marco Conceptual, señalamos que al servicio público de banca se puede definir como:

"una actividad técnica, encaminada a satisfacer necesidades colectivas, básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado, o por particulares (mediante concesión)."¹³

Y posteriormente realizamos un breve análisis argumentando que las actividades bancarias si pueden ser consideradas como servicio público.

Conforme a lo señalado, podemos decir que en nuestro régimen legal la autorización para actuar como entidad financiera, es una concesión disfrazada, como lo establece el Doctor Jesús De la Fuente Rodríguez en virtud de los argumentos siguientes:

¹³ Acosta Romero, Miguel, op. Cit., nota 64, p. 149.

Esta autorización no es un derecho que se concede, sino un acto permisivo o consensual del Estado, ya que la captación de recursos del público y la intermediación financiera es una actividad de orden público.

La autorización para operar de dichas entidades es discrecional por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el caso de la autorización común no lo es.

Conforme a la ley de Instituciones de Crédito la autorización puede ser revocada por el Estado, son atribuciones del Estado, son de una naturaleza especial, porque pueden comprometer intereses de grandes grupos sociales y de terceros que aisladamente no están en condiciones de adoptar las medidas adecuadas para la defensa de sus derechos y es preciso que el Estado intervenga para protegerlos.

La actividad bancaria constituye un servicio de interés público. Es evidente que ha evolucionado desde un remoto aspecto de negocio privado, hasta llegar a ser un servicio, cuyo funcionamiento regular, continuo y adecuado, constituye una actividad que satisface necesidades vitales para la colectividad.

No se considera sostenible que una actividad que requiere de tan alta calificación técnica, solvencia económica y honorabilidad (puesto que maneja gran parte de los recursos de la colectividad) pueda otorgarse con una simple autorización.

La importancia de un servicio público en el Estado moderno no depende de una relación inmediata con las funciones esenciales del Estado, sino con la naturaleza de la necesidad colectiva que satisface. En el caso del servicio de banca y crédito está destinado a satisfacer necesidades sociales permanentes en beneficio de la colectividad nacional.

En el régimen jurídico especial de los servidores públicos se distinguen el régimen de los servicios privados, por la prevalencia del interés público sobre el interés individual; procedimiento que tiene por objeto asegurar el funcionamiento del servicio de una manera regular y continua.

La actividad bancaria satisface una necesidad colectiva de carácter económico y que nadie podría discutir, que de esta naturaleza es la exigencia de contar con medios de pagos, que históricamente ha tenido un aspecto monetario, desde que quedó superado el trueque como cambio entre dos mercancías concretas y la moneda apareció como mercancía específica y universal de todo valor intrínseco.

Conclusiones al Capítulo III

1. La idea de servicio público surge de manera jurisprudencial en Francia como resultado de la distribución de competencias.
2. Los servicios públicos se clasifican por razón de su importancia, utilización, competencia, persona administrativa, usuarios y por la forma de aprovechamiento.
3. El servicio público es propio cuando sólo lo presta el Estado e impropio cuando lo presta un tercero.
4. La autorización y la concesión son figuras jurídicas administrativas que recurrentemente son confundidas. En la concesión hay una libertad de la autoridad para concederla o no. En la autorización el particular puede exigir que se le otorgue si cumple con los requisitos de ley.
5. En nuestro régimen legal la autorización para actuar como entidad financiera es una concesión disfrazada toda vez que para operar se requiere de la opinión favorable de las autoridades financieras misma que es discrecional.
6. La actividad bancaria requiere de una alta calificación técnica, solvencia económica y honorabilidad por lo que no puede otorgarse con una simple autorización.

CAPÍTULO IV

INCONSTITUCIONALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA

Introducción

Este capítulo es el más importante del presente trabajo de investigación porque se pretende demostrar la inconstitucionalidad del servicio público de banca del Estado Mexicano en virtud del cual no tiene la rectoría económica como lo establece nuestra ley suprema.

Los factores reales del poder a los que se refiere Ferdinand Lasalle no son diferentes a los que ejercen las estructuras internacionales y que inciden en la realidad nacional.

Los factores formales de poder se consumaron en México con la transición en el gobierno del partido hegemónico al partido de derecha a través de la legitimación electoral de los últimos procesos.

El modelo estructural de la banca en México ha demostrado una debilidad en su manejo. Los empresarios o los nuevos banqueros nacionales no han tenido una experiencia en el manejo de tan importante eje de la economía. Lo mismo podemos advertir del propio Estado. Lo anterior, nos ha llevado a abrir a los capitales extranjeros la legislación secundaria y con ello facilitarles el control de la banca en un 100%.

Es claro que entre los tipos clásicos de sistemas económico-constitucionales existen grados de aproximación y de alejamiento. Nuestro país no ha estado exento de estos cambios.

Iniciaremos con un análisis de la rectoría económica del Estado para concluir con la inconstitucionalidad del servicio público de banca y adicionalmente, demostraremos que la banca de desarrollo incumple con el carácter social a que está obligada constitucionalmente.

4.1 Rectoría Económica del Estado

La modificación constitucional eleva a rango de decisión política fundamental el principio de rectoría económica del Estado para lograr el desarrollo nacional garantizando que éste sea integral. Este aspecto de la decisión política aglutina en el propio artículo 25 el principio de democracia en su sentido material, entendida, según lo establece el inciso a) de la fracción I del artículo 3º constitucional, no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. De lo anterior se explica la razón por la que el nuevo precepto diseña como objetivos del desarrollo nacional integral el fortalecimiento de la soberanía de la nación y el de su régimen democrático, con lo que se conecta al artículo 39 que establece que el titular de la soberanía es el propio pueblo que al disponer de los beneficios del desarrollo integral, estará en mejor posibilidad de hacer vigentes sus instituciones política y constitucionales; también tiene relación con los artículos 40 y 41 por que tal desarrollo integral, corresponde al fortalecimiento de la forma de gobierno y de los principios democráticos y políticos que tales preceptos contienen.

El desarrollo integral cuya rectoría corresponde al Estado deberá realizarse mediante el crecimiento económico y del empleo, a fin de obtener una más equilibrada distribución del ingreso y la riqueza, dentro del marco del ejercicio de las libertades de los individuos, grupos y clases sociales.

Es por ello, que el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, teniendo también a su cargo el fomento de las actividades que demanda el interés general.

El precepto hace concurrir en la responsabilidad del desarrollo integral a los sectores público social y privado delimitando cada una de las áreas que les corresponde siempre supeditándolos a criterios de equidad social y productividad, en relación con las fuerzas social y privada sometiénolas a las modalidades que dicte el interés público.

Las disposiciones también contemplan la organización y expansión de ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas

que pertenezcan mayoritaria y exclusivamente a trabajadores y de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consenso de bienes y servicios socialmente necesarios. En su parte final, el precepto dispone la protección de la actividad económica que realicen los participantes y la obligación de proveer las condiciones para el desenvolvimiento de la empresa privada.

Pudiera afirmarse que derecho económico constitucional en países con sistema como el nuestro, se encuentra desprovisto de coactividad y sanción para hacerse obedecer.

El principio de la rectoría del estado en materia económica debe reafirmar la supremacía interna que como atributo soberano tiene el Estado federal mexicano.

El estado como responsable de la rectoría económica tiene que desarrollar esta atribución por conducto de sus órganos federales y auxiliariamente con la intervención de las autoridades estatales y municipales.

La rectoría económica establece un desarrollo integral en el que se contempla la modernización, industrialización, producción e ingreso.

El estado debe ser determinante para someter la voluntad privada y con ello dar sentido social al constituyente de 1917.

4.2 Participación Extranjera en la Banca Mexicana

Trasciende que más del 90 por ciento de los activos bancarios, está en manos de instituciones extranjeras en México, aunque para algunos economistas, como Sergio Sarmiento “Esto, sin embargo, tiene poco sentido. A los mexicanos nos conviene una banca que funcione bien, pero la operación de estas instituciones no tiene nada que ver con el pasaporte de los accionistas”. Y justifica que “Si no se hubiera levantado la prohibición a la propiedad de los bancos por extranjeros, nuestro país se hubiera quedado sin banca o más bien tendríamos un mercado altamente monopolizado”¹; no obstante, para otros la opinión difiere y se

¹ Sarmiento, Sergio. Columna Jaque Mate. “Venta de Bancomer”. En el periódico de circulación estatal de Oaxaca “Noticias”, del 18 de febrero de 2004.

le otorga un peso fundamental, como lo es en el caso de Jesús Silva Herzog, ex Secretario de Hacienda y Crédito Público, al señalar que “la extranjerización de los bancos es uno de los más graves errores históricos que hemos cometido en el país”.

Mientras que para el también ex Secretario de Hacienda y Crédito Público, David Ibarra Muñoz, “el libertinaje financiero en el país, ha llevado a la banca a convertirse más en una rémora que en un apoyo al desarrollo nacional”, observó que “del proteccionismo financiero se pasó al libertinaje financiero y hoy en día la banca está convertida en una banca de segundo piso a la que le han quitado las alas para cumplir con su función de promover el desarrollo productivo del país”².

Por su parte el entonces Senador del Partido de la Revolución Democrática (PRD), Demetrio Sodi, observa que “Efectivamente, la peor banca es la que no existe, pero la segunda peor banca es la que no presta. No estoy de acuerdo en que la extranjerización haya sido un éxito, no lo ha sido en México ni en ningún otro país en vías de desarrollo. Sólo ha sido positiva para la capitalización y las ganancias de los accionistas”³, enfatizando al respecto Silva Herzog señala, “que México es el único país de los 15 más importantes que ha permitido el control de los bancos en manos de extranjeros, situación que no ha sido permitida en países como Estados Unidos de Norteamérica, España, Suiza, Inglaterra, Japón y Brasil, entre otros.

En el siguiente cuadro integrado por 7 países de América Latina, se aprecia que en cuanto al porcentaje del sistema de pagos, México ocupa el primer lugar con el 90 por ciento, siguiéndole Chile y Perú con 65 por ciento, y así sucesivamente hasta llegar con Colombia con el 40 por ciento.

Porcentaje del sistema de pagos en manos del capital extranjero.

² Aviléz, Karina. “Califica Silva Herzog las conmociones del sistema bancario de novela de terror”, en el periódico La Jornada del 4 de Marzo de 2004.

³ Román, José Antonio y Garduño, Roberto. “Pagaré Impuestos la Venta de Bancomer si fue preconcertada”. En el periódico La Jornada del 4 de marzo del 2004.

País	Porcentaje de extranjerización de la Banca
México	90
Chile	65
Perú	65
Argentina	61
Venezuela	60
Brasil	50
Colombia	40

Fuente: Fernández-Vega, Carlos. MEXICO,S.A., en el periódico La Jornada del 12 de febrero de 2004.

Al analizar el porcentaje de participación del Capital Extranjero en la Banca, en el lapso de 1990-2003, una vez se hace patente el alto grado de penetración de éste en México, al ocupar el primer lugar, siguiéndole Venezuela, Perú, Brasil, Argentina, Colombia y Chile en último lugar, como se puede apreciar el cuadro anexo.

Porcentaje de Participación del Capital Extranjero en la Banca en el Lapso de 1990-2003

País	Porcentaje de Participación del Capital Extranjero en la Banca en el lapso de 1990-2003
Argentina	500
Brasil	730
Chile	240
Colombia	400
Perú	1,525

Venezuela	5,900
México	8,900

Fuente: Fernández-Vega, Carlos. Op cit. Con base en información estadística del Fondo Monetario Internacional (FMI).

Lo anterior, es el reflejo del poder y la fuerza que ejerce el capital financiero en nuestros días, encierra repatriación de utilidades, que se ven acentuadas, para el caso de México, por la inyección de recursos por parte del Estado a través del FOBRAPOA, lo que nos remite a un proceso de descapitalización. Si nos detuviéramos un poco y pensáramos, el efecto que trae consigo este hecho, es una alta vulnerabilidad de la soberanía y desarrollo nacional, que se ha permitido sin pugar por velar, por los intereses de la nación, de parte de los organismos correspondientes.

El Proceso de Desincorporación Bancaria

En septiembre de 1990 fue creado el Comité de Desincorporación Bancaria, que intervino como cuerpo colegiado para diseñar y ejecutar la privatización de la Banca en coordinación con la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, quien fungió como órgano principal en la toma de decisiones.

Asimismo, con la creación de la Comisión se anunciaron los principios del proceso de privatización, entre los que se encontraban los de contribuir a crear un sistema financiero más competitivo y eficiente; obtener una participación diversificada en el capital de los bancos y promover la descentralización de las operaciones para favorecer el desarrollo regional. Además, se buscó la transparencia en la valuación de las entidades, utilizando para ello criterios generales uniformes y de amplia aceptación, dentro de un proceso que abarcó tres etapas:

a) La valuación contable, referida al patrimonio total de cada banco, agrupando la calificación de cartera y la valuación económica, que adicionaba el valor presente de los flujos esperados en la relación pasivos/activos y la estimación del potencial de generación de utilidades.

b) La desincorporación a través de la enajenación de los títulos representativos del capital social de cada Banco vía la conformación de paquetes accionarios colocados a subasta por el Comité.

c) Finalmente, la autorización para la operación, concedida a grupos y sociedades controladoras de grupos financieros, excluyendo a postores con registro individual. Las condiciones de pago se fueron determinando en cada caso según las convocatorias correspondientes.

Proceso de Desincorporación			
*Lista en orden alfabético			
Banco	Fecha de asignación	Valor de operación (Miles de pesos)	Valor libros equivalente
Banamex	26 agosto 1991	9,744,982	2.62
Banca Confía	6 agosto 1991	892,260	3.73
Banca Cremi	25 junio 1991	748,291	3.40
Banca Serfin	27 enero 1992	2,827,791	2.69
Bancomer	28 octubre 1991	8,564,218	2.99
Banco BCH (Hoy Banco Unión)	13 noviembre 1991	878,360	
Banco de Crédito y Serv. (Hoy Bancrecer)	20 agosto 1991	425,131	2.53
Banco de Oriente	13 agosto 1991	223,221	4.04
Banco del Atlántico	30 marzo 1992	1,469,160	5.30
Banco del Centro (Hoy Bancen)	6 julio 1992	869,381	4.65
Banco Internacional (Hoy Bital)	29 junio 1992	1,486,917	2.95
Banco Mercantil del Norte	15 junio 1992	1,775,779	4.25

(Hoy Banorte)			
Banco Mexicano Somex (Hoy Mexicano)	5 marzo 1992	1,876,525	3.31
Banco Promex	6 abril 1992	1,074,474	4.23
Banoro	21 abril 1992	1,137,811	3.95
Banpaís	8 junio 1991	544,990	3.03
Multibanco Comermex (Hoy Inverlat)	12 febrero 1992	2,706,014	3.73
Multibanco Mercantil de México (Multibanco Mercantil Probursa) (hoy BBV)	11 junio 1991	611,200	2.66
Fuente: Secretaría de Hacienda y Crédito Público.			

El 19 de febrero de 1991, el Comité inició la venta de seis paquetes accionarios, siendo integrado el primero de éstos por los bancos Mercantil de México, Banpaís y Cremi. En conjunto, el proceso abarcó 13 meses, recibándose 133 solicitudes de inscripción presentadas por 44 grupos.

El primer grupo en solicitar su registro fue Accival el 3 de octubre de 1990, presentando postura por Banamex. El comprador del primer banco desincorporado fue Probursa, realizando la operación en un precio que inicialmente se consideró alto (2.6 veces valor en libros) y que al final resultó de los más bajos. En contraste, la subasta con cotizaciones más elevadas corrió a cargo de Banco del Atlántico durante la última etapa del proceso.

El 16 de julio de 1992, se dio por concluida la venta de las instituciones bancarias. Sobresalió el amplio interés mostrado por diferentes inversionistas, ya que participaron tanto antiguos dueños de bancos, como nuevos accionistas de otros intermediarios financieros, básicamente casas de bolsa e inversionistas de diversas actividades productivas, aunque en menor número.

Del total de instituciones, 13 fueron incorporadas a grupos financieros y el resto pasaron al poder de grupos constituidos por personas físicas. El Gobierno Federal recibió por la venta de acciones 37,856 millones de pesos sin considerar las deducciones por ajustes de precios de auditorías de compra-venta, que representaron 3.6% de dicho monto.

A lo largo de 1994 y sobre todo en el inicio de 1995, las condiciones macroeconómicas bajo las que operó la banca cambiaron drásticamente. La inversión extranjera, en particular la de cartera, disminuyó e incluso se contrajo, lo que, dado el alto nivel de financiamiento de la balanza de pagos, ocasionó la devaluación del tipo de cambio, con la consecuente escalada inflacionaria.

Para el mercado financiero, los desajustes resultaron muy desfavorables. En 1995, por ejemplo, la captación de la banca comercial disminuyó 19% en términos reales, una contracción equivalente a la registrada durante el choque petrolero de los años ochenta. El financiamiento a los sectores productivos decreció a su vez en 25%, coadyuvando a la contracción en la inversión por un equivalente a 5 puntos del PIB.

La combinación de estancamiento económico, repunte inflacionario y altas tasas de interés se tradujo en dificultades para los deudores de la banca. Por ello, la cartera vencida creció 156% en un solo año, hasta situarse en casi 140 mil millones de pesos en diciembre de 1995, aproximadamente 15% de la cartera total, dentro de una problemática que abarcó todos los sectores económicos, sin distinción del tamaño del acreditado.

El deterioro en la calidad de la cartera crediticia obligó, no obstante la profundidad de la crisis, a acelerar la capitalización de las instituciones con el fin de cubrir las regulaciones existentes. Así, entre 1995 y la erogación programada para 1996, los accionistas de la banca aportaron capital fresco por 35,500 millones de pesos, lo que equivale casi al monto total pagado entre 1991 y 1992 durante el proceso de desincorporación.

Por otra parte, el Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa), creado en los años ochenta, tuvo que redimensionar su actuación ante los

problemas enfrentados por los bancos. A finales de 1994 actuó en apoyo del Banco Obrero y, en febrero de 1995, en el saneamiento y recapitalización de Banca Cremi, Banco Unión, Banco Obrero, Banco de Oriente, Banco del Centro, Banco Interestatal y Banco Inverlat se sumaría posteriormente a la lista de instituciones intervenidas.

Fobaproa actuó también como el conducto para la canalización de apoyos de Banco de México a 17 bancos comerciales por 3.9 mil millones de dólares, solventando así las obligaciones de corto plazo en moneda extranjera de la banca comercial.

Los apoyos aliviaron las presiones de liquidez del sistema, por lo que pocos meses después, en septiembre de 1995, se concluyó satisfactoriamente con la liquidación de los adeudos.

Durante el mismo año se instrumentó el Programa de Capitalización Temporal (Procapte), que se dirigió a garantizar en la banca mexicana índices de capitalización de por lo menos 8% respecto de los activos en riesgo, satisfaciendo las exigencias de aprovisionamiento en momentos de fuertes escasez de capitales. Por ello, en abril del mismo año, el Fobaproa participó en la adquisición de obligaciones subordinadas de conversión obligatoria a capital de cinco bancos del sistema, en una operación que ascendió a 6.5 millones de pesos. La oportunidad de la medida permitió que para marzo de 1996 dos de los bancos liquidaran sus obligaciones y los otros tres estuvieran por concluir sus compromisos.

Finalmente, desde junio de 1995 se instrumentó el Programa de Compra de Cartera, que hasta marzo de 1996 ascendía a 81 mil millones de pesos, equivalentes a 12% de la cartera total de la banca comercial. Se trata de un programa en el que el Gobierno Federal emite bonos para la compra de cartera, los cuales sólo pueden ser pagados a través de la cobranza de ésta, de modo que la banca comparte el costo del fondeo emergente y los beneficios potenciales de una buena administración en la cartera. Estas operaciones han servido como incentivo para la recapitalización de los bancos o su fusión y reestructura, como

se ha observado en la mayoría de las adquisiciones y alianzas estratégicas anunciadas en 1995 y 1996.

Las medidas emergentes se complementan con programas de apoyo a los acreditados. En este terreno se ubican las reestructuras por medio de unidades de inversión (UDIS) dirigidas tanto a los acreditados de la planta productiva, como a los gobiernos de los estados y municipios y a los deudores de créditos hipotecarios. Se implantó además el Programa de Apoyo Inmediato a Deudores (ADE), a través del cual se ha reestructurado casi el 88% del universo de préstamos menores ligados principalmente a créditos al consumo. Sumadas en conjunto, las medidas de apoyo representarán para 1996 un costo fiscal equivalente al 5.3% del PIB.

Nuevos Competidores Nacionales

La desregulación financiera, en particular la reforma constitucional que restableció el régimen mixto en la banca, y la conclusión del proceso de desincorporación, propiciaron la aparición de nuevos competidores de carácter nacional. Este hecho revirtió el redimensionamiento de las instituciones bancarias, ocurrido durante la década pasada, y casi duplicó el número de bancos nacionales existentes, de 18 hacia fines de 1993, a 34 para 1996.

Los 17 bancos nuevos representaban a mayo de 1996, el 3.1% de los activos totales del sistema bancario y participaban con el 2.2% de la cartera total, excluyendo a los bancos intervenidos, y el 0.5% de la cartera vencida.

Los nuevos bancos se han caracterizado por poseer una escala de operaciones mínima. La mayoría tiene menos de diez oficinas de atención al público y únicamente tres rebasan este número. La plantilla de personal promedio es de 128 personas, excluyendo a los bancos que poseen más de diez sucursales.

Ninguno de los nuevos bancos se ha propuesto como estrategia específica atacar el mercado masivo ni la banca de menudeo, al menos en principio. Todos ellos pueden definirse como bancos de alcance regional, o aún local, con una clara orientación de mercado. En especial se enfocan a atender las necesidades

del segmento corporativo y empresarial; en este último caso sólo hasta nivel medio, con énfasis hacia las empresas exportadoras. Inclusive, algunos nacieron justamente para otorgar los servicios bancarios a algún consorcio o grupo empresarial en particular, y ligados a un grupo financiero. Otros más, complementan su enfoque de negocios incorporando el nicho de personas físicas de ingresos medios.

En correspondencia con el nicho de mercado, la estrategia de negocios de los bancos nuevos consiste en apoyar su intermediación fuertemente en operaciones de mercado de dinero. Adicionalmente, algunos cumplen funciones de banca de inversión.

A pesar de su origen reciente, los bancos nuevos no escaparon a los efectos de la crisis, y los problemas de la cartera vencida se hicieron patentes en cuatro de ellos, obligándolos a acudir a diversos apoyos del Fobaproa y el Procapte. Resulta interesante observar que sus problemas se derivaron principalmente de la consolidación de adeudos que estos bancos hicieron de otras filiales de sus respectivos grupos financieros.

En general, para contrarrestar y prevenir riesgos mayores de insolvencia, los bancos nuevos han optado por efectuar colocaciones accionarias, aprovechando su relativa mejor situación patrimonial, la recapitalización de utilidades del ejercicio de 1995, así como la venta de parte de su capital social, con el fin de incrementar sus niveles de capitalización y sus reservas preventivas contra riesgos crediticios.

La estrategia de negocios de los bancos nuevos y su enfoque de mercado indican algunos de los rasgos de lo que podría ser la tendencia del nuevo sistema bancario, es decir, la especialización y la segmentación de los mercados.

Características Generales de los Nuevos Bancos

Mayo 1996

*Lista en orden alfabético

Bancos	Empleo		Sucursales		Activos Totales
	Núm. Abs.	Crec.	Núm. Abs.	Crec.	
Afirme	83	8	1	0	689,540
Alianza	56	15	2	1	362,405
Anáhuac	73	73	3	0	2,109,281
Bajío	141	20	7	0	1,563,501
Banregio	93	6	1	0	1,472,171
Bansí	73	15	1	-1	839,249
Capital	234	233	1	0	3,140,980
Inbursa	1	0	5	1	8,484,342
Industrial	300	17	9	0	3,222,858
Interacciones	127	-3	2	1	5,333,386
Interbanco	320	-40	23	0	1,688,400
Invex	16	-1	1	0	743,373
Ixe	154	24	12	1	1,930,633
Mifel	268	100	3	0	2,848,346
Nuevos bancos	1,712	257	54	3	31,057,150
Pronorte	58	-36	6	0	398,537
Quádrum	2	19	1	0	1,069,577
Sistema	145,491	204	5,947	156	1,192,653,221
Sureste	307	39	33	6	1,305,950

▲ **Nuevas Perspectivas**

La banca es una actividad que a nivel mundial se torna cada vez más dinámica, pero en el caso de México transita por transformaciones que, no obstante su magnitud, han consumido tan solo unos cuantos años. Un poco más de tres lustros, con igual número de crisis, han servido de escenario a esta espiral de mutaciones y cambios.

Todavía no se definen por completo las tendencias que prevalecerán para el negocio bancario en el país. La crisis del sector no está superada, si bien hay indicadores favorables, como la reducción en el último año a 9% del índice de cartera vencida a cartera total de los 12 bancos privados no intervenidos por Fobaproa. En estas instituciones han mejorado los índices de capitalización, hoy superiores al 12% y el nivel de provisiones a cartera vencida, que se ubica ya por arriba del 60%.

La Banca Extranjera en México

*Lista en orden alfabético

Institución	Origen
ABN Ambro Bank	Estados Unidos
American Express Bank	Estados Unidos
J.P. Morgan	Estados Unidos
Banco Nacional de París	Francia
Bank of America	Estados Unidos
BankBoston	Estados Unidos
Bank of Tokio	Japón
Chasse Manhattan*	Estados Unidos
Chemical*	Estados Unidos
Citibank	Estados Unidos
Dresner Bank	Alemania
First Chicago	Estados Unidos

Fuji Bank	Japón
ING Bank	Inglaterra
National Bank**	Estados Unidos
Republic National Bank of New York	Estados Unidos
Santander	España
Société Générale	Francia

* Se fusionaron entre sí recientemente

** Aún no entra en operación

Fuente: Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Participantes Extranjeros como Socios en Bancos Mexicanos

*Lista en orden alfabético

Institución	País de origen	Socio en:
Aseguradora Allianz	Alemania	Bancrecer
Banco Bilbao Vizcaya	España	Probursa
Bank of Nova Scotia	Canadá	Inverlat
Bank of Montreal	Canadá	Bancomer
Central Portugués e Hispanoamericano	España-Portugal	Bital

Asimismo, 18 bancos extranjeros incursionan en el mercado nacional con diferente intensidad, algunos con una clara orientación hacia la banca de inversión y el crédito corporativo, y otros, en los inicios de estrategias de mayor alcance dirigida a la atención de mercados masivos en el segmento medio. La desregulación de la banca comercial en los países desarrollados, el aumento en

la competencia internacional por el manejo de grandes fondos de inversión como los de pensiones, o incluso la escasez de capital o la revolución tecnológica que impacta la oferta de servicios bancarios, en especial en la banca electrónica, son todos ellos factores que sin duda inciden en esta nueva dinámica, convirtiéndose en un reto a enfrentar para los prestadores locales del servicio que, aún sin esta nueva presencia, compiten cada vez con más intensidad.

La banca mexicana durante la última década

El sistema bancario mexicano se caracterizó por grandes contrastes, cambios y retrocesos durante la última década. En sólo 10 años, la banca que opera en el país pasó mayoritariamente a manos de extranjeros, con poco más de 70% de los activos totales, pero la creciente participación foránea fue insuficiente para alcanzar un mayor grado de penetración del crédito hacia el sector privado.

Un estudio de la Federación Latinoamericana de Bancos (Felaban) revela que en México, aproximadamente, 25% de las familias tienen acceso a servicios bancarios, lo que ubica al país por debajo del promedio de las naciones de América Latina, cuyo porcentaje es de 36%.

Incluso, está por debajo de países como Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Uruguay, Brasil, Panamá y Chile; en este último, 60% de la población cuenta con acceso al sistema bancario. En México se observa, además de la escasa penetración de los servicios financieros, una elevada concentración de la infraestructura financiera en cuatro entidades del país. Sólo el Distrito Federal y los estados de México, Nuevo León y Jalisco alcanzan, en conjunto, una participación en ofrecimiento de servicios de 60%.

De acuerdo con estadísticas recientes de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), en estas cuatro entidades se reporta el mayor número de cajeros automáticos, sucursales, personal y cuentas de captación. En contraste, existen 28 estados que su cuota de mercado en infraestructura y contratos bancarios no supera 5%.

Hay casos como Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Colima,

Nayarit, Tlaxcala y Zacatecas en los que su cuota nacional no alcanza ni siquiera 1%.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) advierte que la banca llega a menos de 500 municipios de los 2 mil 439 existentes. El mayor retroceso de la década ocurrió con el crédito al consumo, en especial de tarjetas de crédito, indicador que mostró su mayor descenso durante 2009. Cifras del Banco de México (Banxico) revelan que la contracción en los préstamos de tarjetas de crédito llegó a 27% en octubre de 2009. Lo mismo ocurrió con la cartera vencida de tarjetas, cuyo índice de morosidad se ubicó en poco más de 9% a diciembre de 2009.

Este acelerado crecimiento en la morosidad obligó a las instituciones a crear programas para solventar y aliviar el sobreendeudamiento de familias. En los últimos dos años, se registró que cerca de 1.7 millones de personas decidieron reestructurar sus deudas de tarjetas, según datos de la Asociación de Bancos de México (ABM).

Existe “una pausa” en la canalización de crédito, por tanto, se lograron crecimientos en infraestructura, competencia y en el número de productos y servicios financieros. La crisis mundial significa un freno de la actividad bancaria en el país. El sector no define indicadores como la generación de empleo, el crecimiento económico del país ni el ingreso per cápita, cuyas estadísticas han descendido en los últimos años. No se logró que el mayor otorgamiento de préstamos al consumo se diera a la par del crecimiento económico. Es importante, que la bancarización no sólo se refleje en las estadísticas, sino que las personas perciban las ventajas, las cuales no son palpables. A la banca le falta mucho para alcanzar los niveles de bancarización de países desarrollados.

En 10 años se alcanzó un crecimiento significativo en sucursales, en terminales punto de venta, cajeros automáticos y, sobre todo, en la dinámica de competencia. De acuerdo con cifras de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), en 2000, los bancos mexicanos registraban 7 mil 39 sucursales; 109 mil empleados, 6 millones 633 mil contratos de tarjetas de crédito y 22

millones 782 mil cuentas de captación. A septiembre de 2009, se contabilizaban 10 mil 490 sucursales, 158 mil empleados, poco más de 24 millones de contratos de tarjetas de crédito y 52 millones de contratos de cuentas de captación, entre los que se incluyen ahorro, nómina y depósitos a plazo.

El índice de capitalización avanzó en la década. En 2000, el promedio de este indicador de capitalización se ubicó en 13.8%, mientras que al cierre de 2009, el rango creció a más de 15%. En terminales punto de venta, hace 10 años había menos de 200 mil; a la fecha suman poco más de 500 mil. No obstante, los bancos trabajan a 60% de su capacidad en cuanto a préstamos al sector privado.

Las razones de la baja demanda y colocación de créditos al sector privado se deben a varios factores: la crisis económica que se acompañó de una caída en el consumo; el aumento en la cartera vencida que frenó la oferta de préstamos, el creciente desempleo y el sobreendeudamiento de algunos sectores de la población. Pese a su baja bancarización, la industria bancaria fue uno de los sectores que experimentó una de las mayores transformaciones en su interior.

En una década, la firma española BBVA se posicionó como la entidad más grande del sistema, al concretar, en 2000, la fusión con Bancomer. En 2001, Citigroup de manera sorpresiva anunció la compra de 100% de las acciones de Banamex, en lo que entonces fue la operación de compraventa más grande de la historia del sector financiero. El consorcio estadounidense pagó 12 mil 500 millones de dólares, de los cuales 6 mil 250 millones de dólares se cubrieron en efectivo, mientras que el resto se intercambiaba por acciones de Citigroup. Durante la década desaparecieron diversos intermediarios: Serfin, que se fusionó con Santander y Bancrecer y Bital, entidades que adquirió HSBC.

Al inicio de 2000, resurgió el interés de los empresarios por establecer nuevas instituciones financieras. El primero fue Banco Azteca, de Ricardo Salinas Pliego; le siguió Ve por Más, de Antonio del Valle Ruiz. Y a éstos le siguió una larga lista que terminó por cerrarse entre 2006 y 2007. Entre las instituciones financieras o bancos nuevos destacan aquellos que se ligan a las cadenas comerciales o empresas no financieras; algunos ejemplos son: Walmart de

México, Multiva, Ahorro Famsa, Compartamos, Bancoppel, Consultoría Internacional, Autofin, Volkswagen, Prudential, New York Mellon, Banco Amigo y Banco Fácil, principalmente.

Entre los planes de la banca comercial en México para 2010 está avanzar en el proceso de bancarización. En abril, el Congreso de la Unión aprobó la posibilidad de que los bancos lleguen a más personas, a través del sistema que se denomina corresponsales. Con este esquema, las instituciones podrán contratar los servicios de terceros, es decir, las cadenas comerciales, de farmacias, de tiendas de conveniencia, podrán efectuar transacciones financieras a nombre y cuenta de los bancos.

Los topes individuales por estos movimientos serían del equivalente en moneda nacional a mil 500 Unidades de Inversión (Udis) para retiros de efectivo y pago de cheques, así como de 4 mil unidades de inversión para depósitos en efectivo. A la fecha, existen 10 instituciones registradas y que recibieron autorización para operar comisionistas, entre las que destacan American Express, Banamex, BBVA Bancomer, Banorte, Compartamos, HSBC, Inbursa, Invex, Scotiabank y el Banco Walmart de México.

4.3 Análisis de los artículos 3º y 25 constitucionales

De acuerdo con el artículo 3º constitucional, la democracia constituye una forma de vida basada en el constante desarrollo.

Artículo 3º

Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado -Federación, estados, Distrito Federal y municipios-, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

..

II.- El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;...

Lo destacable de este precepto es el aspecto referente a la democracia, si ésta es considerada constitucionalmente como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, entonces podemos inferir que el sistema bancario se incluye como parte importante de dicha vida democrática, y por lo tanto, su actividad debe ser realizada a efecto de lograr un mejoramiento en las condiciones de vida de la sociedad, principalmente en lo referente a la captación de recursos y su correcta asignación, fundamentalmente aplicada a la banca de desarrollo.

Esta consideración cobra importancia en el caso de la participación de intermediarios financieros extranjeros en el sistema bancario nacional.

El artículo 25 constitucional señala:

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.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al 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 bancario cumple parte fundamental en la vida económica del país en lo que se refiere al sistema de pagos y la asignación de recursos, por lo tanto, la supervisión del gobierno debe ser apegada al marco constitucional, situación que no ocurrió con las operaciones realizadas por el grupo financiero Citigroup, mismo que no realizó ninguna aportación al desarrollo económico nacional, y, en nuestra opinión, tal incumplimiento se debió a la nula actuación del gobierno federal y las autoridades bancarias.

A mayor abundamiento, por lo que respecta a las contribuciones que debieron generarse con tal operación financiera, encontramos que se contravino otro precepto constitucional.

Artículo 31

Son obligaciones de los mexicanos:

...

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Y en este punto es preocupante que si Banamex recibió beneficios económicos por su compraventa, entonces resulta lógico que contribuyan a los gastos públicos, sin embargo, no lo hizo así. La contravención radica en que esta institución de banca múltiple está constituida conforme a leyes mexicanas y por lo tanto se consideran de nacionalidad mexicana, por lo que están sujetas a las mismas obligaciones fiscales que cualquier otra, ya sea física jurídica o jurídico colectiva.

Es por ello que, para efectos del fortalecimiento del sector bancario, se deben modificar los ordenamientos financieros a efecto de garantizar que en este tipo de operaciones se paguen los impuestos correspondientes, además, debemos recordar que el rescate bancario se realizó con recursos públicos, por lo tanto, es obligación tanto del gobierno como de los mismos bancos que su impacto en la deuda interna sea menor, lo cual se puede hacer mediante la reducción de la cartera vencida y los impuestos generados por la compra de acciones de capital social de las instituciones de banca múltiple.

Con los actuales escenarios de crisis mundial, la participación del Estado en la Economía debe de ser cierta y sujeta a bases que promuevan el desarrollo nacional. Para el caso de México, esas bases se encuentran contenidas en lo que se ha denominado “capítulo económico de la Constitución”, que comprende los artículos 25, 26, 27, 28 y que, a decir de diversas posiciones doctrinales, incluye parte de los artículos 73 y 123.

La discusión estriba en el grado y el sentido de dicha intervención. Por otro lado, y para el caso de México, el Estado es entendido como ente independiente con fines generales, que comprende, necesariamente, al pueblo establecido sobre cierto territorio, dotado de una estructura de gobierno basado en un complejo

homogéneo y autosuficiente de normas que regulan una sociedad y estructura organizada.⁴

Donde el poder político ha sido institucionalizado y el estado cuenta con caracteres que lo identifican como el de:

*corporación definido como pueblo,

*territorio y,

*soberanía.⁵

Tiene constitucionalmente la rectoría de la economía nacional y el propio texto fundamental contiene las directrices bajo las cuales ha de darse.

Así, la Constitución Federal delinea las principales obligaciones del Estado en la materia: a) se deja a su cargo la rectoría de la economía del país, b) se le reserva el aprovechamiento de ciertas áreas y actividades consideradas como estratégicas o prioritarias para el desarrollo nacional, y c) se le atribuye la responsabilidad de dirigir la planeación de un desarrollo nacional democrático e integral.

Para México, es en el artículo 25 de la Constitución federal donde se establecen los principios básicos que los órganos estatales deben observar en la regulación y promoción de la actividad económica nacional promoviendo y fomentando su crecimiento.

Por tanto, entendemos la rectoría económica de la que habla este artículo como, la facultad y capacidad del Estado, para dirigir la actividad de los agentes económicos para el logro de los objetivos y metas del desarrollo. Un proceso rector que consiste en lograr la confluencia de las actividades a través de la concertación e inducción de los sectores social y privado, utilizando los instrumentos de política económica que van desde el otorgamiento de apoyos y subsidios hasta la participación directa en la producción mediante las empresas paraestatales.

⁴ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid Edit. Espasa-Calpe, S.A., 1985. p. 89 y 90.

⁵ *Ibidem*, pp. 92-95.

Conforme al párrafo primero del artículo 25 constitucional, se debe buscar que la rectoría económica del Estado Mexicano sea:

- I. Integral, a fin de beneficiar a todos los sectores productivos y estratos de la población;
- II. Sustentable para que sus efectos sean permanentes y no sólo a corto plazo, logrando además un equilibrio entre los recursos de que se disponen y las necesidades a satisfacer, a fin de evitar el agotamiento de los primeros;
- III. Fortalezca la soberanía de la Nación. En este sentido, Alfredo Ríos Camarena nos dice que la soberanía supone la existencia de otros poderes sociales jerárquicamente organizados, ya privados, ya públicos, de los cuales el Estado es el supremo o inapelable.⁶ Lo que indica que debe fortalecer este poder superior y buscar la tan anhelada independencia económica.
- IV. Fortalezca el régimen democrático, entendiendo a éste no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo y,
- V. Que permita el ejercicio pleno de las libertades y derechos establecidos en la Constitución a través del fomento al crecimiento económico y de una justa distribución del ingreso y la riqueza.

El artículo 25 constitucional sienta asimismo, las bases de la economía mixta permitiendo la concurrencia de los sectores público, social y privado, y estableciendo a cargo de los poderes políticos obligaciones tales como elaboración de leyes y programas de apoyo e institucionalización de órganos especializados para fomentar el desarrollo de los sectores y, con ello, equilibrar la distribución de la riqueza.

En apoyo al sector privado, la Constitución garantiza el libre funcionamiento de los mercados y el aseguramiento de la libre competencia, aunque esas

⁶ Ríos Camarena, Alfredo, *Garantías Individuales y Sociales*, UNAM, Facultad de Derecho, Antología 1995, p.6

libertades no deben ser tales que se llegue a desequilibrar la función social del Estado. Con ese objetivo se promulgó en 1992 la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), cuyo a fin de proteger los procesos de libre competencia y de libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios y prácticas monopólicas, como lo dispone también el párrafo segundo del artículo 28 constitucional.

La rectoría del desarrollo nacional no queda limitada a un mero ejercicio técnico de la política económica y social, sino que queda encuadrada como una tarea fundamental política que debe de servir los valores que integra la Constitución.

En consecuencia, la rectoría del desarrollo nacional tiene que ejercerse dentro del marco de nuestro régimen de derecho y debe respetar los valores que esta establece. No es la rectoría del desarrollo de nuestro país una facultad que pueda ejercerse al arbitrio de los responsables, debido a que está enmarcada dentro de la Ley fundamental y leyes secundarias que deben respetar los derechos individuales y sociales que en ella reconoce.

En la práctica, sin embargo, es posible ver la poca coincidencia entre las disposiciones legales y la omisión de las autoridades ante la actuación del sector privado, cuando algunos particulares llevan a cabo actividades que lesionan a otros de menor capital. Sin embargo, vivimos en una economía abierta, participando en la economía mundial y ligados a los intereses de otros países, a través del comercio y las finanzas, siendo precisamente esta la razón por la que el Estado no puede cambiar al momento de hacer cumplir el orden constitucional al que está obligado.

4.4 Caso BANAMEX, su inconstitucionalidad

La crisis financiera y económica de Estados Unidos afectó a Citigroup a tal grado que al cierre de 2008 reportó pérdidas por 18,715 millones de dólares.

El gobierno de Estados Unidos anunció que su participación en la entidad financiera pasó de 7.8 a 36 por ciento, luego de inyectar recursos por unos 45 millones de dólares, lo que permitiría al Gobierno estadounidense controlar hasta un 36% del capital social de Citi sin realizar ninguna inversión adicional.

Así, el Gobierno optó por canjear hasta 25.000 millones de dólares que tiene en títulos preferentes (conseguidos en contraprestación de las inyecciones de capital) por acciones comunes (que dan voz y voto en el banco), sin que ello implique desembolso adicional alguno.

Citi tenía incluidos en sus cuentas 300.000 millones de dólares en activos que se volvieron prácticamente incobrables, debido al derrumbe del mercado inmobiliario y al estallido de la burbuja creada por la proliferación de instrumentos de deuda respaldada por hipotecas de alto riesgo.

Como parte del acuerdo con el Gobierno, Citi renovó su Consejo de Administración para que esté formado en su mayoría por consejeros independientes. Además, instrumentó la suspensión del reparto de dividendo y la amortización de 9.600 millones de dólares para reflejar la caída del valor de su fondo de comercio debido al progresivo deterioro del mercado financiero

Banamex tendría que desligarse para no violar las leyes de México

El Banco de México, en su momento refirió que en caso de que Citi aceptara la liquidez de Estados Unidos, automáticamente Banamex tendría que desligarse para no violar las leyes de México y sólo podría ser a través de su venta.

La venta de Banamex a Citigroup, anunciada en mayo de 2001 y velozmente formalizada tan sólo dos meses después, fue calificada por propios y extraños como "el negocio del siglo". Y desde luego que lo fue.

En tiempos de la crisis bancaria y sus secuelas, el erario, vía Fobaproa, "apoyó", "rescató" y "saneó" a Banarnex con cerca de 85 mil millones de pesos (alrededor de 11 mil millones de dólares de acuerdo con el tipo de cambio

promedio del periodo involucrado); acumuló 15 mil 164 millones de pesos en impuestos diferidos (causados, pero no enterados, que según dicho promedio se acercaría a 2 mil millones de dólares) con el aval de la Secretaría de Hacienda (por ella transitaron Guillermo Ortiz, José Ángel Gurría y Francisco Gil, y a estas alturas aún debe 6 mil millones); sus accionistas y amigos pasaron a los mexicanos una factura superior a 4 mil millones de pesos (poco más de 500 millones de dólares) por créditos relacionados que terminaron en la cuenta del Fobaproa; vendiéndolo a Citigroup en 12 mil 500 millones de dólares y "evitaron" alrededor de 3 mil 500 millones de dólares en impuestos.

Violaciones constitucionales de la venta de Banamex

Durante el desarrollo del presente trabajo ha quedado demostrado que el Estado mexicano ha variado tanto sus políticas económicas como de regulación financiera, obedeciendo a las directrices de organismos financieros internacionales y peor aún, de intereses de empresas transnacionales.

Lo anterior, nos lleva a señalar verdaderas violaciones constitucionales en el caso específico de Banamex-Citigroup.

La primera se da en función del artículo 3° de nuestra Ley Suprema toda vez de que no hay un mejoramiento económico, social y cultural del pueblo en términos de la definición de democracia concebida no sólo como una estructura jurídica y un régimen político.

La transacción de este caso no arroja un beneficio social y por tanto es violatorio de la garantía de igualdad destinada a proteger un bien mayor que es el de la población.

De igual forma se violenta lo establecido en el artículo 25° por que el Estado en esta materia no tiene la rectoría económica de las instituciones bancarias ya que se establece que el Estado debe tener la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable además de democrático como lo señalamos en los párrafos anteriores.

Es importante destacar que la constitución obliga también a una justa distribución del ingreso y de la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos y de los grupos sociales. Así, se incumple también con este mandato porque no hay mayoritariamente capitales nacionales en la banca sino extranjeras pero además no existe un equilibrio entre el ingreso y la distribución de los bienes de capital. Se incumple también con lo dispuesto por la fracción cuarta del artículo 31° que obliga a contribuir para los gastos públicos de manera proporcional y equitativa.

En este punto, las sociedades constituidas para prestar el servicio público de banca operan con la legislación nacional y por tanto son personas jurídico-colectivas obligadas a respetar el orden jurídico mexicano. La obligación contributiva es preferente a esta compra-venta con lo que se estaría aplicando una Ley especial que prohíbe la propia constitución.

Así se contraviene lo establecido por el artículo 13° que prohíbe leyes y tribunales especiales lo que pone de manifiesto la preferencia a inversionistas extranjeros en relación a los intereses nacionales. Igualmente se violenta lo dispuesto por el artículo 32° constitucional, en virtud de que en igualdad de circunstancias serán preferidos los mexicanos a los extranjeros.

De lo anterior, podemos concluir que también se viola el artículo 87 constitucional por parte del Presidente de la República, porque protestó guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en el caso específico se ha incumplido de manera puntual.

Así, podemos afirmar que el estado mexicano:

1° No tiene la rectoría económica de las instituciones bancarias.

2° Aplica beneficios contributivos a extranjeros rompiendo con la garantía de igualdad.

3° Violenta el régimen democrático al no vigilar el mejoramiento económico del pueblo.

4° No garantiza una justa distribución del ingreso y la riqueza.

5° Aplica leyes nacionales con variación de criterios contributivos entre extranjeros y nacionales.

6° Rompe con el equilibrio de poderes al intervenir administrativamente en la definición de autorización y concesión para la prestación del servicio público de banca.

7° Incumple con el mandato constitucional de observar lo estipulado por la Ley Suprema.

8° No garantiza el control financiero y por tanto estamos sujetos a una permanente crisis financiera en la hipótesis de la salida de capitales extranjeros.

9° Promueve con el pago de impuestos de los nacionales el saneamiento de instituciones que hoy adquieren capitales extranjeros.

10° Pone en riesgo la estabilidad social, el régimen democrático, y la soberanía nacional.

Consideraciones finales en relación a una nueva nacionalización de la banca.

Ante los constantes señalamientos de la crisis bancaria en febrero de este año el ex presidente de la república Carlos Salinas de Gortari y el coordinador de la fracción parlamentaria del PRI Carlos Rojas se pronunciaron a favor de la nacionalización de la banca, señalando el primero de los citados lo siguiente:

El ex presidente Carlos Salinas de Gortari llamó a debatir sobre la privatización de la banca en México y aseguró que el desarrollo soberano del país demanda recuperar el control del sistema de pagos.

Refirió la pertinencia de precisar el contexto y las condiciones en que se dio ese proceso. Y sobre todo las verdaderas causas de su colapso y la entrega del sistema de pagos del país a los extranjeros.

Manifestó que cuando el país padece retos, es necesario regresar a los fundamentos que determinan las condiciones de nuestra soberanía y la justicia social en libertad: no es mediante un Estado grande y lleno de propiedades como promueve el populismo; ni un mercado sin controles sociales como propone el neoliberalismo. “El desarrollo soberano de México exige recuperar el control del sistema de pagos. Regresemos al futuro a partir de la legitimidad del Estado, que exige la participación organizada de los ciudadanos: la democracia republicana”, dijo el ex presidente en la conferencia Privatización de la banca, crisis y rescate del sistema financiero, organizada por el Centro de Estudios Espinosa Yglesias.

La crisis financiera mundial ha sido provocada por un modelo económico fundado en la circulación de capital especulativo. Esta crisis ha vuelto a levantar el debate entre mercado y Estado. Se ha pasado de proponer al mercado como solución de todos los problemas, para ahora exigir la vuelta del Estado como propietario y así resolver la crisis.

“Esto podría leerse como un regreso al modelo del capitalismo de Estado. No es así. Se trata, en realidad, del capitalismo subsidiado por el Estado: la reaparición de este último como gran propietario de la economía, dispensador de servicios, supuesto árbitro entre el capital y el trabajo y, de manera principal, como sustituto de la sociedad organizada”, dijo Salinas.

“El Estado convertido en el sujeto capitalista de última instancia”, expresó el ex mandatario durante su conferencia magistral.

Por su parte, en aquel entonces coordinador del PRI en la Cámara Diputados, Francisco Rojas Gutiérrez respaldó las declaraciones del ex presidente de Carlos Salinas y coincidió en que el sistema bancario nacional debe estar en manos de mexicanos. Manifestó que “es evidente que el haber extranjerizado la banca, nos ha dejado sin uno de los grandes instrumentos de desarrollo que requiere el país. También evidente que una banca extranjera no

solamente debe atender las necesidades del país, sino también las de sus accionistas, y los objetivos que persiguen", señaló.⁷

En entrevista en San Lázaro, Rojas Gutiérrez dijo que la banca extranjera tiene como objetivos orientar sus trabajos en el país en donde están radicando, pero también atender a los objetivos de sus matrices.

"Me parece que el país requiere de una banca nacional muy fuerte, nacional privada muy fuerte, que sea la que nos ayude a detonar el financiamiento que requiere la economía del país", indicó.⁸

Rojas Gutiérrez, quien fungió como director de Pemex en el sexenio de Salinas, dijo que el país requiere una banca nacional que pueda competir con éxito también con la banca extranjera. Cuestionado sobre si hay condiciones para mexicanizar la banca actual, dijo que eso habría que analizarlo. "Se ha estado analizando el asunto del City Bank, en donde parece que había unos asuntos jurídicos que podían posibilitar que hubiera una mexicanización de Banamex", apuntó.⁹

Recordó que incluso el Senado interpuso una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia al respecto.

⁷ Cfr. en <http://diarioaxaca.com/.../3205--francisco-rojas-respalda-declaraciones-de-carlos-salinas.html/> revisado el 10 de Marzo de 2010

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

CONCLUSIONES

1. El orden jurídico mexicano se basa en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las leyes que de ella se deriven originándose la constitucionalidad de los actos.
2. El Servicio Público es una actividad prioritaria que presta el estado y que puede delegar en los particulares a través de la concesión.
3. La autorización establece requisitos, los que, una vez cumplidos permiten al solicitante realizar la actividad correspondiente. La concesión en cambio, queda sujeta a la discrecionalidad de la autoridad.
4. La banca es un intermediario financiero que tiene como objetivo garantizar la seguridad de los ahorradores así como el de establecer un manejo adecuado en el sistema de pagos y crédito.
5. Del siglo XV al XVIII el servicio de banca fue desarrollado por banqueros privados como los Médicis de Florencia o los Fugger de Augsburgo.
6. Del siglo XVIII al XIX la evolución bancaria tuvo una mayor participación por parte del estado.
7. En México a partir del código de 1884 se reguló la actividad bancaria y los bancos requirieron de autorización por parte del gobierno para realizar actividades.
8. Nuestro sistema financiero ha pasado por crisis sistémicas por las que el cambio legal nos llevó a tener una banca privada de 1897 a 1982, una banca pública de 1982 a 1990, una banca reprivatizada en 1990 y actualmente a una banca extranjerizada y en crisis.

9. Los servicios públicos se clasifican por razón de su importancia, utilización, competencia, persona administrativa, usuarios y por la forma de aprovechamiento.
10. El servicio público es propio cuando sólo lo presta el Estado e impropio cuando lo presta un tercero.
11. La autorización y la concesión son figuras jurídicas administrativas que recurrentemente son confundidas. En la concesión hay una libertad de la autoridad para concederla o no. En la autorización el particular puede exigir que se le otorgue si cumple con los requisitos de ley.
12. En nuestro régimen legal la autorización para actuar como entidad financiera es una concesión disfrazada toda vez que para operar se requiere de la opinión favorable de las autoridades financieras misma que es discrecional.
13. El Estado mexicano no tiene la rectoría económica de las instituciones bancarias.
14. Al favorecer el pago de impuestos a extranjeros el Estado no garantiza una justa distribución del ingreso y la riqueza.
15. Con lo anterior, se pone en riesgo la estabilidad social, el régimen democrático, y la soberanía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario: panorama del sistema financiero mexicano*, 7ª ed., Porrúa, México, 1998.

BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 19 ed., Porrúa, México 2007

CARBONELL, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, Fontamara, México, 2004.

COVIAN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, Vol. 2, CEDIPC A.C., México, 2004.

DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, 3ª ed., Porrúa, México, 2000.

DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 21 ed., Porrúa, México, 1995.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Edit. Espasa-Calpe, S.A. Madrid 1985

DE VALDES, Diego y CARBONELL, Miguel, *Panorama del Derecho Constitucional Mexicano*, UNAM, Porrúa, México 2006

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 1995.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 20ª ed., Porrúa, México, 1997

FREIXAS, Xavier y ROCHET, Jean-Charles, *Economía Bancaria*, TR. María Ester Rebasco, Antoni Bosch Editor y Banco Bilbao Vizcaya, España, 1997.

GALINDO, Iturbide, R. Adrián, *El régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas*, Porrúa, México, 2000.

HAMDAN AMAD, Fauzi, *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 2008

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I, *Derecho administrativo 1er y 2º Cursos*, 4ª ed., Editorial Oxford, México.

RÍOS CAMARENA, Alfredo, *Garantías Individuales y Sociales*, UNAM Facultad de Derecho, Antología 1995.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Primer Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1985.

SILVA HERZONG, Jesús Y LECONA V, Ramón (compiladores), *Banca Central en América Latina*, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, México, 1991.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El Poder Judicial de la Federación para Jóvenes*, México, 2006, 2º Edición.

SILVA RAMIREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Porrúa, México, 2008.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 36º ed., Porrúa, México, 2004.

QUINTANA ADRIÁNO, Elvia Arcelia, *Aspectos Legales y Económicos del Rescate Bancario en México*, UNAM, México, 2002.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Espasa Calpe, España, 1999.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Porrúa, S.A., UNAM, México

DICCIONARIO JURÍDICO 2000, Edición en Disco Compacto, Desarrollo Jurídico D.R., México. 2000.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

/Ley de Instituciones y Operaciones de Crédito

Código de Comercio

PÁGINAS DE INTERNET

Breve Reseña Histórica del surgimiento de la banca en www.economia.unam.mx/secss/docs/tesisfe/

Comisión Nacional Bancaria y de Valores en www.cnbv.gob.mx/circularesbancarias.asp?circ_id=14

Diccionario de la Lengua Española 21 Edición en www.rae.es

Historia sintética de la banca en México, www.banxico.org.mx/sistemafinanciero/inforgeneral/hisbancmex/Hissinbanca.pdf

La banca registra la mayor pausa en la última década en www.eluniversal.com.mx/finanzas/vi_76260.html