



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

“ESTUDIO EXEGÉTICO – PROHIBICIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
JOSÉ JAVIER CÁRDENAS CORTÉS

ASESOR:
LIC. HÉCTOR JAVIER NARCISO MARTÍNEZ BELLO



CIUDAD UNIVERSITARIA, OCTUBRE 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ÍNDICE

GLOSARIO	4
INTRODUCCIÓN	6
Capítulo I.- Generalidades de las Instituciones de Crédito	8
1.1 Concepto de Instituciones de Crédito	8
1.2 Constitución de las Instituciones de Crédito.....	9
1.3 Análisis del artículo. 13 de la Ley de Instituciones de Crédito.....	12
1.4 Clasificación de las Instituciones de Crédito	15
1.5 Derecho Financiero y su vinculación.....	17
1.6 Legislación aplicable a las Instituciones de Crédito que realizan operaciones Financieras.....	21
Capítulo II: Operaciones de las Instituciones de Crédito.....	26
2.1 Clasificación de las Operaciones de las Instituciones de Crédito.....	26
2.1.1 Operaciones Pasivas en Particular	27
2.1.2 Operaciones Activas en Particular.....	28
2.1.3 Servicios en Particular.....	29
Capítulo III.- Derechos y deberes de las Instituciones de Crédito en su actuación como Agrupaciones Financieras.	30
3.1 Agrupaciones financieras.....	30
3.1.1. Concepto:.....	30
3.1.2 Características de las Agrupaciones Financieras:.....	32
3.1.3 Derechos y Deberes de las Agrupaciones Financieras.....	33
3.1.4 Naturaleza Jurídica de los Grupos Financieros:	37
3.1.5 Soporte Legislativo Nacional.....	39
3.1.6 Soporte legislativo Internacional.....	43
3.1.7 Función de las Agrupaciones Financieras	45
3.2 Análisis del artículo 18 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.....	46
Capítulo IV.- La Autoridad Responsable en materia de Amparo.....	54
4.1 Autoridad Responsable	54
4.2 Análisis del comunicado de prensa de la SHCP	56

4.3 Un comunicado de prensa ¿se puede considerar un acto de autoridad en materia de Amparo?	65
Capítulo V Los casos de emergencia.....	66
5.1 Tratados Internacionales-supremacía sobre las Leyes Generales	66
5.2 Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	67
5.3 Artículos 1403 y 1405 del capítulo de Servicios Financieros:	67
5.4 Anexo VII Lista de México: Sección A.....	73
5.5 El principio de especialidad ¿es aplicable?	82
Capítulo VI.- Controversia Constitucional	83
6.1 Sumario.....	83
6.2 Definición de Controversia Constitucional.....	85
6.3 Función Legislativa	87
6.4 Función Ejecutiva.....	87
6.5 Función Jurisdiccional	88
6.6 Facultad de ejecutar las leyes.....	89
Capítulo VII.- Consideraciones Finales.....	92
Bibliografía	104

GLOSARIO

Banco de México (B de M)

Código Civil Federal (CCF)

Código de Comercio (C de C)

CONDUSEF (Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros)

Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)

Diario Oficial de la Federación (DOF)

Estados Unidos de América (EUA)

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (LCNBV)

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC)

Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM)

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)

Ley de Instituciones de Crédito (LIC)

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF)

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP)

Semanario Judicial de la Federación (SJF)

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es analizar la controversia que se suscitó a raíz de la publicación del comunicado de prensa que emitió la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), el 19 de marzo de 2009, titulado, “Implicaciones de los Programas de Apoyo Implementados por Gobiernos Extranjeros con motivo de la crisis global sobre el Sistema Financiero Nacional.” En dicho comunicado la SHCP, pretendió establecer el criterio por el cual interpretaba, como autoridad responsable, lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC), con relación a la reciente adquisición de acciones por parte del gobierno de los Estados Unidos de América (EUA), como parte de las medidas de rescate financiero a diversas instituciones bancarias de ese país, entre ellas Citigroup, socio importante del grupo financiero Citi-Banamex, que opera en nuestro país.

Para efectos del presente trabajo se divide de la siguiente forma:

En el primer capítulo denominado “Generalidades” me evocaré al análisis de los aspectos generales sobre el concepto de Instituciones de Crédito, su clasificación; como se vinculan estas con el Derecho Financiero, haré un breve repaso por la legislación aplicable a las Instituciones de Crédito y desarrollaré un análisis del artículo 13 de la Ley de Instituciones de Crédito.

El segundo capítulo abordaré lo relacionado a las operaciones de las Instituciones de Crédito, su clasificación y un breve análisis de cada una de ellas.

El capítulo tercero está dedicado a los derechos y deberes de las Instituciones de Crédito en su actuación como Agrupaciones Financieras, en el que se tocará lo relacionado a las agrupaciones financieras, así como

su concepto, características, naturaleza jurídica, el soporte legislativo nacional e internacional en particular a los tratados internacionales que las afectan así como su función y se desarrollará el análisis del artículo 18 de la LRAF.

En el capítulo cuarto se tratan los temas relacionados a la Autoridad Responsable en materia de amparo, estableciendo el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para tal fin y con base en este criterio de la SCJN procederé a hacer un análisis acerca de la posibilidad de que un comunicado de prensa pueda ser considerado un acto de autoridad para los efectos de la promoción de un amparo.

El capítulo cinco es el que dedico a los casos de emergencia, en el que se analizará lo concerniente a los tratados internacionales y la supremacía sobre las leyes generales de acuerdo a la jurisprudencia establecida, se estudiará lo relacionado al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en particular a lo que se establece en sus artículos 1403 y 1405, el anexo VII del mismo y la lista de México en su sección A, y haré un breve análisis del principio de especialidad con el fin de resolver si es aplicable al caso que nos ocupa.

El capítulo seis es el concerniente a la Controversia Constitucional que presentó el Congreso de la Unión en contra de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por su posicionamiento en lo pronunciado en el comunicado de prensa, contiene un sumario de los hechos y un breve análisis de la funciones legislativa, ejecutiva, jurisdiccional y sobre la facultad de ejecutar las leyes por parte del poder ejecutivo.

Finalmente el capítulo siete, está destinado a las consideraciones finales sobre la investigación así como la inclusión de las conclusiones obtenidas en este estudio y se señalará la bibliografía utilizada.

Capítulo I.- Generalidades de las Instituciones de Crédito

En el presente apartado se mencionarán las características principales de las instituciones de crédito, como son: concepto, las diversas formas en que se pueden clasificar, el derecho financiero y la vinculación que existe con las instituciones de crédito y la legislación aplicable a las mismas.

1.1 Concepto de Instituciones de Crédito

La legislación no contiene un concepto que pueda tomarse como base para establecer un criterio de lo que debe entenderse como institución de crédito. La Ley de Instituciones de Crédito en su artículo primero, establece que el objeto de la Ley es regular entre otras cosas la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito y en su artículo dos: señala que el servicio de la banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, pero en ningún artículo establece un concepto para la entidad que esta regulando y la doctrina señala el concepto de banco, banca, en otros de instituciones de crédito, en otros de entidades de desarrollo, empresas, sociedades; todas estas voces como sinónimos pero sin establecer un concepto definido.

En el artículo primero de la primera Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio (77/780/CEE) establece como entidad de crédito: “una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.”¹

El Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria determina que en Argentina, son “Empresas profesionales que se dedican

¹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0780:ES:HTML>

a intermediar con el dinero, usándolo de aquellas personas que tiene excedentes para transferirlos a aquellos que la necesitan; como asimismo a traficar con estos títulos representativos de créditos y que finalmente terminarán creando más dinero mediante el rápido desenvolvimiento de las operaciones de intermediación”.²

Del análisis de las definiciones es posible afirmar que coinciden con el concepto de la intermediación del crédito, por lo que es posible establecer que una institución de crédito es aquella entidad que se constituye con el objeto de prestar el servicio de banca y crédito, captando los recursos económicos de los ahorradores al celebrar operaciones activas, situando estos recursos entre quienes lo requieren a través de operaciones pasivas, siendo la ganancia la diferencia entre las tasas de interés que paga a los ahorradores y lo que cobra a los acreditados, así como el cobro de comisiones por los servicios que presta.

1.2 Constitución de las Instituciones de Crédito

Las instituciones de banca de desarrollo se crean mediante leyes orgánicas; con relación a las instituciones de banca múltiple se crean mediante escritura pública de su acta constitutiva (y/o sus posteriores modificaciones) aprobada por la SHCP, asimismo deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, sin que sea preciso mandamiento judicial. (Art. 9 de la LIC).

Como requisito inicial para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere la autorización del gobierno federal, misma que otorga discrecionalmente la CNBV, oyendo la opinión del Banco de México y previo acuerdo de la junta de gobierno de CNBV.

² GILBERTO VILLEGAS, Carlos. *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1999, pág. 3

Dicha autorización se debe publicar en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación. (Art. 8 de la LIC).

Las reglas de operación de las instituciones de banca múltiple, como sociedades anónimas, funcionan de acuerdo con sus propios estatutos.

El capital social debe integrarse de acuerdo a lo que se establece en la LIC.

Como ya se señaló antes la LIC vigente es la ley imperante en la actividad bancaria; publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de julio de 1990.

El Maestro Rogelio Guzmán Olguín nos dice lo siguiente respecto de la Ley de Instituciones de Crédito: “Por su especialidad, es sin duda la ley más importante de la materia de que se trata. Regula la intermediación financiera bancaria y contiene normas sobre la organización, estructura y funcionamiento de las instituciones de crédito, sus operaciones, disposiciones generales de la actividad bancaria y su contabilidad, prohibiciones, sanciones, delitos y normas protectoras de los intereses del público.”³

En la exposición de motivos de la Ley citada se expresa lo siguiente con relación a los adquirientes de acciones en el capital de las instituciones de crédito: “La presente iniciativa propone que quienes presten el servicio de banca y crédito, con el carácter de institución de banca múltiple, se constituyan como sociedades anónimas. Se retoma esta forma de agrupamiento societario, por ser la figura más adecuada para la actividad de la banca múltiple, dado el vasto marco jurídico y doctrinal, existente en relación con dichas sociedades.

³ GUZMÁN OLGUÍN, Rogelio; *Op. Cit.* Pp. 48.

“Las sociedades solicitantes de la autorización antes referida, entre otros requisitos, deberán contar con un capital inicial lo suficientemente importante para así respaldar, adecuadamente, su buen funcionamiento, además de asumir la obligación de no repartir dividendos durante los tres primeros años de operación, con objeto de consolidar su posición dentro del sistema.

“La integración del capital de las instituciones de banca múltiple, que comprende tres series accionarias, persigue, en esta iniciativa, dos objetivos básicos: el primero, asegurar que los mexicanos detenten el control de los bancos; y, el segundo, que exista una participación diversificada y lo suficientemente plural, que impida fenómenos de concentración indeseable en la toma de decisiones, en perjuicio tanto de las instituciones como de los usuarios del servicio, aunque reconociendo que la existencia de un grupo controlador, debidamente equilibrado por la regulación y vigilancia gubernamental, es un factor muy importante en el buen manejo de las instituciones.

“Las mencionadas series accionarias quedarían divididas de la siguiente manera: la serie "A", que represente, en todo tiempo, el cincuenta y uno por ciento del capital, y que sólo puedan adquirir personas físicas mexicanas, el Gobierno Federal, los bancos de desarrollo, el Fondo Bancario de Protección al Ahorro y las sociedades controladoras de grupos financieros; la serie "B", que representaría hasta el cuarenta y nueve por ciento del capital y que, además de las antes señaladas, podrían adquirir otras personas morales mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros y los inversionistas institucionales, tales como las sociedades de inversión; y, por último, la serie "C", que podría alcanzar hasta el treinta por ciento de dicho capital, susceptible de adquisición por parte de todas las personas mencionadas, por las demás personas morales

mexicanas e incluso por extranjeros, siempre que no tengan el carácter de gobiernos o dependencias oficiales.”

Lo que está subrayado en el párrafo anterior resulta medular para el estudio del presente trabajo y para el análisis del artículo 13 de la LIC, como se puede leer, desde las reformas de 1990, claramente se expresa la negativa a los inversionistas de ostentar acciones de la serie “C” en caso de tener carácter de gobiernos o dependencias oficiales.

1.3 Análisis del artículo. 13 de la Ley de Instituciones de Crédito

Artículo 13.- Las acciones representativas de las series "O" y "L", serán de libre suscripción.

No podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de banca múltiple, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.

En su libro *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de Motivos, Disposiciones de la SHCP; BANXICO, CNBV y ABM*, el Maestro *Jesús de la Fuente y Rodríguez*, hace una transcripción del artículo 13, para después hacer el siguiente comentario: “Conforme a lo dispuesto por este artículo, se permite la participación de inversionistas nacionales y foráneos, salvo las personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, esto con el fin de proteger nuestra soberanía nacional.”⁴

En el cuadro que se presenta a continuación se simboliza con claridad las modificaciones que ha tenido la LIC en su articulado en los últimos años, y

⁴ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de Motivos, Disposiciones de la SHCP; BANXICO, CNV y ABM, Tom 1. Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 90.*

se puede ver como se encuentra en la actualidad lo relacionado a la participación de inversionistas:

Artículo 13 de la LIC:

PUBLICACIÓN DOF 18/Jul/1990	REFORMAS DOF 9/Jun/1992	REFORMAS DOF 15/Feb/1995	REFORMAS DOF 19/Ene/1999 TEXTO VIGENTE
<p>Artículo 15.- Las acciones representativas de la serie "C" sólo podrán ser adquiridas por:</p> <p>I. Las personas a que se refiere el artículo anterior;</p> <p>II. Las demás personas morales mexicanas, y</p> <p>III. Personas físicas o morales extranjeras que no tengan el carácter de gobiernos o dependencias oficiales.</p>	<p>Artículo 15.- Las acciones representativas de las series "C" y "L", sólo podrán ser adquiridas por:</p> <p>I ...</p> <p>II...</p> <p>III. <u>Personas físicas extranjeras, o morales extranjeras que no ejerzan función de autoridad.</u></p>	<p>Artículo 14.- Las acciones representativas de las series "B" y "L", serán de libre suscripción.</p> <p><u>No podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de crédito, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.</u></p>	<p>Artículo 13.- Las acciones representativas de las series "O" y "L", serán de libre suscripción.</p> <p><u>No podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de banca múltiple, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.</u></p>

Desde las modificaciones hechas en la administración del Presidente Salinas en 1990, así como las realizadas por la administración del Presidente Zedillo, es claro como el impulso que se buscó era el de fortalecer a las instituciones financieras a través de la capitalización de las mismas al facilitar el acceso de los inversionistas, a pesar de que en las respectivas exposiciones de motivos se habla de “facilitar el acceso a los inversionistas nacionales y extranjeros que cuenten con recursos para ello”, lo cierto es que lo que se hizo fue zanjear el camino para la entrada de los grandes capitales de otros países.

Como ya se dijo, en la primera sección del cuadro se establece con claridad la negativa a la inversión a los gobiernos y a las dependencias oficiales; en la sección que corresponde a las modificaciones de 1992 se modificó la negativa a la inversión, quedando imposibilitados aquellos extranjeros que ejercieran funciones de autoridad. En la sección correspondiente a las modificaciones del año 1995, se estableció la negativa de participación a extranjeros con más claridad quedando: No podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de crédito, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, esto en el artículo 14; para las modificaciones vigentes se establece exactamente lo mismo con la salvedad de que la negativa es para las instituciones de banca múltiple, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, lo anterior en el artículo 13 de la LIC.

Es importante resaltar también que la redacción actual del artículo publicada en el propio medio oficial se dio precisamente el diecinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve, junto con las reformas integrales sobre la apertura de la inversión extranjera en México, así como con posterioridad a la suscripción y aprobación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y a la publicación de sus reservas en el mencionado medio oficial.

Por su parte, la exposición de motivos de dicho decreto, en cuanto a la reforma vinculada al artículo 13 de la ley, respecto de la restricción de que gobiernos extranjeros participen en el capital social de las controladoras, la exposición de motivos no señaló consideración alguna, pero ello es así en atención a que esa restricción fue trasladada de otro ordenamiento para darle congruencia al sistema jurídico, mientras que en ese otro ordenamiento sí se habían establecido los motivos por los que se implantó esa restricción. No obstante lo anterior, resulta muy significativa la precisión de que *“en nuestro país los bancos, independientemente de la*

nacionalidad de sus accionistas, son sociedades mexicanas sujetas a la legislación nacional en todos los aspectos” que precisamente atiende a la misma teleología de las reservas establecidas en el Tratado de Libre Comercio que se precisarán en el capítulo correspondiente de esta tesis.

Los gobiernos de otras naciones, en cambio, no pueden someterse a dichas disposiciones, porque no pueden renunciar a su propia soberanía y considerarse como sociedades mexicanas, renunciando, primero a su propia soberanía y en segundo a su incentivo de generar utilidades sobre su capital en beneficio de su propia economía, sin que su propio sistema financiero pueda regular o tratar de influir en la regulación de sus inversiones, se deduce entonces que la prohibición legal y su observancia se deben al antagonismo y a la contradicción que se da en dichos intereses.

1.4 Clasificación de las Instituciones de Crédito

En el artículo 2° de la Ley de Instituciones de Crédito se establece que el servicio de banca y crédito solo podrá prestarse por instituciones de crédito que podrán ser: Instituciones de banca Múltiple e Instituciones de Banca de Desarrollo.

El Banco de México en su circular CIRCULAR 1/2005 Bis 1 denominada:

MODIFICACIONES A LAS REGLAS A LAS QUE DEBERÁN SUJETARSE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO; CASAS DE BOLSA; INSTITUCIONES DE SEGUROS; INSTITUCIONES DE FIANZAS Y SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO LIMITADO Y LA FINANCIERA RURAL, EN LAS OPERACIONES DE FIDEICOMISO.

Estableció la siguiente clasificación:

Instituciones de Crédito: A las personas morales autorizadas para actuar como Instituciones de Banca Múltiple e Instituciones de Banca de

Desarrollo, en términos de lo previsto en la Ley de Instituciones de Crédito.⁵

Asimismo además de hacer una referencia a la clasificación de las Instituciones de Crédito es interesante explicar que el término “financiero” deriva del francés “Financiero”, de *finances*, hacienda pública.

“Adjetivo Perteneiente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantilistas.

Este ámbito de la realidad sobre el que se proyecta el Derecho financiero se viene identificando doctrinalmente en relación con dos puntos de referencia, a saber: la Hacienda Pública y la actividad financiera.

Así, básicamente, el Derecho financiero se ha definido, sucintamente, como aquella rama jurídica que tiene por objeto la Hacienda Pública o, también, como el ordenamiento de la actividad financiera de los entes públicos.”⁶

El mismo Dr. De la Fuente y Rodríguez instruye que en un sentido amplio, se define como “el conjunto de las legislaciones de las instituciones de crédito y bursátiles que regulan la creación, organización, funcionamiento y operaciones de las entidades bancarias y de valores, así como los términos en que intervienen las autoridades financieras y la protección de los intereses de público.”⁷

⁵http://www.banxico.org.mx/tipo/disposiciones/otrasdisposiciones/cir1_2005_modificaciones.html

⁶ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, I. 5° ed., Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 4

⁷*Ibidem*.

La definición anterior conceptúa y ubica con precisión la naturaleza y el fondo del tema del presente estudio, ya que con la compra de las acciones de Citigroup por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América (EUA), en los capítulos subsecuentes analizaremos el cómo se trastoca la legislación de la materia, en donde se regula el supuesto acerca de la adquisición de las mismas por capital soberano, asimismo se examina la forma en que intervienen las autoridades financieras y la forma en que protegen o no los intereses del público, por las autoridades mexicanas.

1.5 Derecho Financiero y su vinculación.

En opinión de la autora María de la Luz Mijangos Borja: “La autonomía del derecho financiero ha tenido grandes avatares, en primer lugar porque una de sus ramas, el derecho tributario, ha crecido tanto que es de alguna forma considerada como disciplina independiente. Sin embargo, esta postura atenta contra el análisis del fenómeno financiero en su conjunto. En segundo lugar, porque se le ha negado autonomía del Derecho administrativo y se considera que a lo más por razones de índole práctica puede ser analizado como una rama. Sin embargo, es importante destacar la autonomía del derecho financiero, en cuanto a su fin objeto y contenido.”⁸

El maestro Miguel Acosta Romero, indica: “Ya hemos afirmado que el Derecho Bancario aún considerado dentro del Derecho Mercantil y más bien afirmaríamos, dentro del Derecho Mercantil Administrativo, tiene Autonomía. Expresamos este juicio con fundamento en que el Derecho Bancario tiene un objeto propio de conocimiento, una sistematización independiente en cuanto a su estructura, medios propios también de desarrollo y de conocimiento y normas que son específicas para esta

⁸MIJANGOS BORJA, María de la Luz. *Conceptos Generales del Derecho Financiero, Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Financiero.*
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1910>

materia, de aquí que por todo aquello afirmamos que la ciencia del Derecho Bancario es el conjunto sistematizado y unificado de conocimientos sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales relativos a las actividades de Banca y crédito, en busca de principios generales, con un método propio de investigación y desarrollo.”⁹

Cabe mencionar que la doctrina ha distinguido que para considerar que una disciplina jurídica es autónoma, es necesario que logre independencia en alguno o en todos los aspectos siguientes:

- Legislativa
- Sustancial
- Científica
- Didáctica

1) AUTONOMÍA LEGISLATIVA

Las actividades bancaria y aseguradora se regularon en un principio en el Código de Comercio de 1884; posteriormente, el legislador consideró que, dadas las características de estas actividades, era necesaria una reglamentación específica; por tanto, en 1892 se expidió la primera Ley sobre Compañías de Seguros, y cinco años después la Ley General de Instituciones de Crédito. Más tarde, para el resto de las entidades financieras, se expidieron ordenamientos especiales tales como: Ley del Mercado de Valores (1975), Ley de Sociedades de Inversión y Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (1985).

⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel Ángel. *Nuevo Derecho Bancario*, 10^o ed. Editorial Porrúa México, 2000, pág. 5

Por autonomía legislativa se entiende el hecho de que las leyes que integran al Derecho Financiero, constituyen un cuerpo de disposiciones separado y orgánico.

2) AUTONOMÍA SUSTANCIAL

Debe entenderse lo mismo en el sentido de que, la legislación financiera ha venido sosteniendo principios generales, tales como:

- Disposiciones relativas al funcionamiento y operación de las entidades financieras.
- La supervisión de las entidades financieras por organismos del Estado Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) y Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros (CONDUSEF).
- Terminología Especial en los reglamentos, circulares y oficios circulares que expidan las autoridades reguladoras y supervisoras para las entidades financieras.
- La prevalencia del interés público, fundada en la necesidad de un entorno legal que asegure la estabilidad y desarrollo del sistema financiero y la protección de los intereses del público usuario.

3) AUTONOMÍA CIENTÍFICA

Las legislaciones que integran el Derecho Financiero, forman cada una de ellas, un sistema ordenado e independiente, agrupado sistemáticamente.

4) AUTONOMÍA DIDÁCTICA

El Derecho Bancario, Bursátil y de Seguros es objeto de una exposición independiente en las Facultades de Derecho de la República Mexicana. (UNAM, ITAM, UP, etc.); se imparte en forma obligatoria la cátedra de “Derecho Bancario y Bursátil” de donde se desprende esta autonomía didáctica se ha hecho necesaria, en cuanto a que su conocimiento y estudio reclama una sistematización especial de sus principios.¹⁰

La importancia de resaltar la autonomía del derecho financiero en el presente trabajo estriba en el dejar en claro que hoy en día en las estructuras organizativas de la mayor parte de las instituciones de crédito del país, cuentan con áreas jurídicas conformadas por abogados especialistas en diferentes materias de la ciencia jurídica, tales como el Derecho Mercantil, Procesal, Penal, Internacional, Fiscal, etc., expertos que en su labor cotidiana y para la adecuada solución de los asuntos corporativos, litigiosos y consultivos que analizan, requieren adicionalmente de la consulta, estudio y análisis de las normas legales y demás disposiciones de carácter general que regulan las instituciones de crédito dentro del Derecho Financiero.

Desde el punto de vista de la sistemática jurídica, se puede decir que el Derecho Financiero, en particular el Derecho Bancario se clasifica como una rama compleja del Derecho, ya que no se puede considerar de manera exclusiva como parte del derecho Público, Privado o Social, sobre todo si se considera que es un conjunto de normas jurídicas de Derecho Público, Privado y Social, que regulan la prestación del servicio de las instituciones de crédito; la autorización, constitución, funcionamiento, operación, fusión, disolución y liquidación de los intermediarios financieros, así como la protección de los intereses del público, delimitando las funciones y

¹⁰Cfr. DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Op. Cit.* 6-8

facultades que en esta materia detentas las autoridades financieras mexicanas.

En los conceptos y definiciones que se transcribieron los expertos utilizaron conceptos como, “disciplina independiente”, “autonomía”, “sistematización”, etc., la complejidad del tema, claramente justifica en tan solo este ejemplo de estudio el que al Derecho Financiero se le considere como una rama del derecho autónoma.

Una de las inquietudes de escribir la presente obra es el propósito de que en el futuro llegue a servir como instrumento de consulta para quienes así lo requieran, de forma tal que pueda ser una herramienta de utilidad para aquellos que posteriormente analicen problemáticas similares que se susciten dentro del Derecho Financiero específicamente en las instituciones de crédito.

1.6 Legislación aplicable a las Instituciones de Crédito que realizan operaciones Financieras

Siguiendo al autor Jesús De la Fuente Rodríguez define a las fuentes primarias en el Derecho Bancario, de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley del Banco de México, en los siguientes términos:

- “La fuente formal primaria o principal es la Ley de Instituciones de Crédito; constituye la disposición fundamental en torno a la constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias y al ejercicio de su actividad, ya que, ante la presencia de un asunto relacionado con dichas entidades, como en todo sistema de derecho escrito, se aplica la norma particular, en este caso, la Ley Bancaria,

como comúnmente es conocida la LIC que tiene su base constitucional en artículo 73, fracción X de nuestra Ley Suprema.”¹¹

Con el fin de presentar con más claridad la fundamentación constitucional se transcribe el artículo con la fracción correspondiente:

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Título Tercero

Capítulo II del Poder Legislativo

Sección III de las facultades del congreso

Artículo 73

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

X. Para legislar en toda la república sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123; (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007)”¹²

- “La Ley de Instituciones de Crédito (LIC) le da la misma jerarquía a la Ley del Banco de México (LBM), es decir, no la considera supletoria, ya que el Instituto Central es el regulador de las operaciones y los servicios financieros.”¹³

¹¹DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Op. Cit.* pág. 13.

¹² <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/74.htm?s=>

¹³ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Op. Cit.* pág. 13.

El Maestro Rogelio Guzmán Olgún describe al artículo 6 de la LIC estableciendo que a las instituciones de banca múltiple se les aplican, en lo no previsto por la LBM, la legislación mercantil, los usos y prácticas bancarias mercantiles, la legislación civil federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo respecto de la tramitación del recurso que se refiere la LIC, y el Código Fiscal de la Federación respecto a la actualización de multas. Así mismo, se señala que las instituciones de banca de desarrollo se regirán por su propia ley orgánica y en su defecto por lo dispuesto en el mismo artículo 6.¹⁴

Asimismo conforme a la regla de supletoriedad establecida en artículo 6 de la LIC, también aplica a la materia la legislación mercantil, entendiendo por este término, entre otras leyes, el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Concursos Mercantiles, etc.

Por su parte también se aplican Leyes Estrictamente Bancarias (diversas a la LIC) y Leyes de diversa índole como son la Ley del Banco de México, la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la Ley de Inversión Extranjera, la Ley de Protección al Ahorro Bancario, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la Ley para regular las Agrupaciones Financieras, la Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia, la Ley de Transparencia y de Fomento a la competencia en el crédito garantizado, la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, etcétera.¹⁵

¹⁴Cfr. GUZMÁN OLGUÍN, Rogelio. *Derecho Bancario y Operaciones de Crédito*, 2° ed., Editorial Porrúa, México 2004 pp. 48-50

¹⁵Cfr. GUZMÁN OLGUÍN, Rogelio. *Op. Cit.* pp. 48-50

Para el caso de la Legislación parareglamentaria y las circulares, para tal efecto seguiré al maestro Acosta Romero que establece que “La LIC, la LGOAAC y otras leyes de la materia contienen tantas delegaciones de facultades legislativas que resulta inútil enumerarlas; además, no delegan a una sola autoridad, sino que delegan a la SHCP, al Banco de México y a la CNBV. Lo anterior, al señalar en dichos cuerpos de normas que las reglas generales que regularán tales o cuales aspectos serán fijados por alguna de las autoridades enunciadas. Este fenómeno complica en forma exagerada su consulta, su interpretación y sistematización, y más aún, porque la mayoría de esas reglas, o, en su caso, circulares y oficios no se publican en el *DOF* y sólo circulan de manera restringida, originando una gran dispersión. Por otra parte, al parecer del doctor Acosta Romero, tratándose de la LCNBV, se da una evicción inconstitucional del Congreso de la Unión a la CNBV, ya que dicho ordenamiento faculta a esta última a expedir numerosas disposiciones que en el fondo tienen carácter de leyes, sin que las mismas cumplan con el proceso legislativo previsto en los artículos 71 y 72 de la Constitución.”¹⁶

Destaca que las instituciones de crédito cuentan con un marco jurídico muy amplio ya que las actividades que realizan son las de intermediación, captación y colocación de recursos.

A su vez los usos y prácticas bancarios y mercantiles tienen una gran aplicabilidad en esta materia incluso es muy común que las operaciones bancarias se realicen consuetudinariamente.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, establece: “Los usos mercantiles y bancarios tienen gran importancia práctica. Con frecuencia estos usos bancarios cristalizan en las llamadas condiciones generales de

¹⁶ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel Ángel. *Op. Cit. Pp. 105-106*

contratación las cuales son las clausulas impuestas por los bancos a sus clientes, las que vienen a constituir un todo unitario que el cliente tiene que aceptar en su totalidad, aun cuando en teoría al menos tiene posibilidad de negociarlos o de no contratar.”¹⁷

Como parte del marco legal aplicable a las instituciones financieras de crédito se encuentra también el Tratado de Libre comercio de América del Norte: “Ratificado por el Senado de la República el 22 de Noviembre de 1993, refiere el establecimiento de una zona libre de comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá; libre comercio que abarca la liberalización del comercio de servicios y de la inversión extranjera.”¹⁸

La referencia que se hace al Código Civil Federal en el artículo 6 de la LIC, se entiende en razón de ser la norma que regula el llamado “derecho común” y que contiene disposiciones relativas a temas sobre todo relacionados con las obligaciones, contratos, representación, personalidad, disposiciones relativas al Registro Público de la Propiedad, entre otros.

¹⁷ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 55*

¹⁸GUZMÁN OLGUÍN, Rogelio; *Op. Cit. Pág. 50*

Capítulo II: Operaciones de las Instituciones de Crédito.

2.1 Clasificación de las Operaciones de las Instituciones de Crédito

La Ley de Instituciones de Crédito (LIC) se define como el instrumento jurídico que tiene por objeto regular el servicio de la banca y el crédito; las actividades y operaciones que pueden realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.¹⁹

Del artículo 2 de la LIC se deduce que el intermediario, en virtud de las operaciones de captación de dinero que lleva a cabo, queda obligado a cubrir el principal y los accesorios de los recursos captados, lo que significa que el banco debe restituirle a la clientela los depósitos, es decir, el principal más los accesorios, o sea, los intereses o rendimientos que paga el ahorrador o inversionista por sus depósitos o inversiones. Asimismo, en virtud de las operaciones de colocación, los clientes deben pagar al banco los préstamos o créditos, así como los intereses pactados en el contrato correspondiente, operaciones de crédito o préstamos que generan un activo en la contabilidad del banco y una obligación para el cliente, de ahí que las operaciones bancarias se clasifiquen en operaciones pasivas, activas y de servicios.²⁰ En efecto las operaciones pasivas o de captación, son todas aquellas que generan un pasivo directo o contingente en la contabilidad del banco, en tanto que las activas generan en la contabilidad del intermediario un activo o derechos de cobro de éste frente a los acreditados.

¹⁹ <http://www.definicion.org/ley-de-instituciones-de-credito>

²⁰ Cfr. BACUHE GARCADIÉGO, Mario. *Operaciones bancarias, activas, pasivas y complementarias*, Editorial Porrúa, México. 1995.

En adición a las operaciones pasivas activas, los bancos realizan operaciones de servicios, por las cuales cobran una comisión que se incorpora a los resultados como una utilidad.

La LIC en su artículo 46 indica qué operaciones pueden realizar las instituciones de crédito, dividiéndolas en pasivas, activas y de servicio, estableciendo que solamente se pueden realizar otras diferentes previa autorización de la SHCP, oyendo la opinión de la CNBV y del Banco de México, en su caso.

2.1.1 Operaciones Pasivas en Particular

Son operaciones pasivas aquellas que tiene por objeto la recepción de los depósitos para la captación de recursos del público, para su posterior colocación, quedando el banco obligado a cubrir el importe de dichos depósitos y dependiendo del tipo de operación de que se trate a pagar accesorios financieros de los recursos captados a los depositantes.

Dentro de la clasificación de operaciones pasivas destacan:

- Recibir depósitos bancarios de dinero
 - A la vista
- Retirables en días preestablecidos
- De ahorro
- A plazo
- A plazo o con previo aviso
- Aceptar préstamos y créditos
- Emitir bonos bancarios
- Emitir obligaciones subordinadas

El depósito bancario de dinero²¹ se encuentra regulado por lo señalado en la LGTOC y en la LIC.

2.1.2 Operaciones Activas en Particular

Las Operaciones activas son aquellas en las que el banco funge como acreedor, como ejemplos de las mismas tenemos que estas operaciones son:

- Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior.
- Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos.
- Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.
- Asumir obligaciones por cuenta de terceros con base en créditos concedidos a través del otorgamiento de aceptaciones de endoso o aval en títulos de crédito, así como la expedición de cartas de crédito.
- Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.²²

Los bancos pueden realizar esta clase de operaciones con fundamento en lo que establecen, entre otras disposiciones, los artículos 2º, 46 fracción VI y VII, 106 fracción XVIII de la LIC.

²¹ Cfr. CARVALLO YAÑEZ, Erik. *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil mexicano*. Editorial Porrúa, México 2006. Pág. 45

²² Cfr. DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Op. Cit.* Pp. 379-380.

2.1.3 Servicios en Particular

Son aquellas que no tienen un carácter de crediticias, en las que los bancos, generalmente en su carácter de profesionales del comercio con reconocida solvencia económica, realizan actividades de diversa índole. Algunos ejemplos de estas operaciones son:

- Fideicomiso
- Giros
- Transferencias
- Servicios de caja de seguridad ²³

Del análisis de las operaciones de las instituciones de crédito, se deduce que uno de los rubros fundamentales de estas instituciones es el de la intermediación financiera bancaria. En el caso de las instituciones de banca múltiple, por mencionar un ejemplo, podemos decir después de lo que se ha mencionado en los apartados anteriores, que atendiendo a la naturaleza jurídica de las mismas, se trata de sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con la LIC, y para lo que esta no prevea, supletoriamente son aplicables las normas contenidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles. (Art. 9° de la LIC).

²³ Cfr. GUZMÁN OLGUÍN, Rogelio; *Op. Cit.* Pp. 244-245.

Capítulo III.- Derechos y deberes de las Instituciones de Crédito en su actuación como Agrupaciones Financieras.

3.1 Agrupaciones financieras.

3.1.1. Concepto:

Previo al estudio sobre los derechos y deberes de las Instituciones de Crédito en su actuación como Agrupaciones Financieras considero importante el que nos ocupemos del Concepto de las mismas, para tal fin, el diccionario de la lengua española, de la Real Academia de la Lengua Española señala sobre agrupación: “acción y efecto de agrupar o agruparse. 2 conjunto de personas o cosas agrupadas. 3 conjunto de personas u organismos que se asocian con algún fin.”²⁴

En el Diccionario Manuel Ossorio de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales se define la palabra “ *Holding* ” de la siguiente manera: “Con este nombre inglés se definen las sociedades que en su cartera poseen acciones de otras sociedades, sobre las que tienen facultades de administración de dominio.”²⁵

El autor Francisco Borja Martínez, tomando en consideración a diversos autores, indica respecto de la agrupación algunas figuras a las que han recurrido para definirla, tales como:

Eric Kohler: Considera a la combinación de empresas, como la concentración de dos o más entidades económicas llevada a cabo por la transferencia de los activos netos de una de las entidades económicas a

²⁴ *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera edición. Tomo I. Editorial Espasa Calpe. España 1999 pág. 62*

²⁵ *Diccionario Manuel Ossorio de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Trigésima Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2004 pág. 456*

una de las otras (fusión), o a una nueva creada para ese propósito (consolidación).

Antonio González y José Meléndez: quienes coinciden en que la combinación de empresas como la consistente en la unión o concentración de dos o más empresas bajo una misma dirección, con el objeto de cumplir de la mejor manera la finalidad para la cual fueron creadas; en formas que van desde la fusión y adquisición hasta un acuerdo contractual acerca de la cuestión particular.

Gonzalo Cortina: Conceptúa a la consolidación empresarial, como la unión de varias empresas, en las que se forma una nueva compañía y desaparecen las antiguas.²⁶

Por otra parte, en las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, se establece que se entiende por grupo financiero:

“Al integrado por una sociedad controladora, por las entidades financieras y por las empresas, que obtengan la autorización de la Secretaría para constituirse y funcionar como grupo financiero en los términos de la Ley y de las presentes reglas.”

Para el autor de este trabajo, los grupos financieros son, personas jurídicas que se encuentran representadas por una empresa controladora, la cual deberá seguir los lineamientos señalados en la Ley para regular las Agrupaciones Financieras, así como por lo establecido por las Reglas para la Constitución y Funcionamiento de las mismas, se integran por instituciones de crédito, compañías de seguros, compañías de fianzas,

²⁶ Cfr. BORJA MARTÍNEZ, Francisco. *Estudios de Derecho Bursátil*. Editorial Porrúa. México 1997 pág. 2

casa de cambio, casas de bolsa, sociedades de inversión, almacenes generales de depósito y sociedades financieras de objeto múltiple, las cuales cuentan con personalidad jurídica.

3.1.2 Características de las agrupaciones Financieras:

La mayoría de las entidades financieras, han seguido la inercia natural de formar grupos entre sí, con el objeto de integrar los servicios prestados por los distintos intermediarios que en ellos participan, a fin de proporcionar un mejor servicio al público y abatir costos de operación y administración a los integrantes. De esta manera, resulta la formación de varios grupos financieros.

Para el Doctor De la Fuente Rodríguez, del análisis del concepto de agrupaciones financieras contenido en las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros que cité párrafos antes: “...se desprenden como características de los mismos, las siguientes:

- Son encabezados por una sociedad controladora;
- Lo integran las mayoría de las entidades financieras, salvo sociedades de ahorro y préstamo y uniones de crédito;
- Requieren autorización discrecional de la SHCP para que puedan constituirse y funcionar; y
- Pueden actuar de manera conjunta, ofrecer servicios complementarios y en general ostentarse²⁷ como integrantes del grupo.”

Estos grupos financieros pueden clasificarse de la siguiente forma:

- I. Primera clasificación: Grupos perfectos; serían los previstos por la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras constituidos por

²⁷ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Op. Cit. Pág. 1094.*

una sociedad controladora y alguna de las entidades financieras, con la consecuente autorización de la SHCP, con la restricción de que no podrán integrarse dos entidades de igual tipo.

II. Segunda clasificación: Grupos imperfectos; serían los que mantienen relaciones o nexos patrimoniales y operativos sin que, exista una sociedad controladora, esto se crea por lo general a través de la adquisición que, una institución de crédito o una casa de bolsa, hagan de acciones de alguna entidad financiera.

3.1.3 Derechos y Deberes de las Agrupaciones Financieras

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras establece en su artículo 8° como derechos de las mismas los siguientes:

“Las entidades financieras que formen parte de un grupo de los previstos en esta Ley podrán:

I. Actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes del grupo de que se trate;

II. Usar denominaciones iguales o semejantes que los identifiquen frente al público como integrantes de un mismo grupo, o bien, conservar la denominación (sic) que tenían antes de formar parte de dicho grupo, en todo caso deberán añadirle las palabras “Grupo Financieras” y la denominación del mismo, y

(21) III. De conformidad con las reglas generales que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, llevar a cabo operaciones de las que le son propias a través de oficinas y sucursales de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo, excepto la captación de recursos del público a través de depósitos de dinero.

En ningún caso podrán realizarse operaciones propias de las entidades financieras integrantes del grupo a través de las oficinas de la controladora.”

(21). REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 18 DE JULIO DE 2006.

Al analizar lo establecido en la fracción III del artículo 8° tenemos que las agrupaciones financieras se tienen que sujetar a lo dispuesto en las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros que a la letra señalan los siguientes derechos:

“SEXTA.- Las Entidades Financieras podrán ostentarse y actuar como Grupo, una vez que los estatutos de la Controladora y el convenio de responsabilidades estén debidamente inscritos en el Registro Público de Comercio.

SEPTIMA.- Las políticas operativas y de servicios comunes que establezcan las Entidades Financieras deberán evitar prácticas que afecten el desarrollo y la sana operación de alguna de las Entidades del Grupo, o los intereses del público usuario.

OCTAVA.- Las Entidades Financieras no podrán condicionar la realización de sus operaciones a la contratación de otra operación con cualquiera de las demás Entidades. Para estos efectos, no se considerarán los paquetes integrales de servicios que dichas Entidades ofrezcan al público.

NOVENA.- Para efectos del mínimo de Entidades Financieras que deben conformar un Grupo, cuando participen dos instituciones de seguros en términos de la Ley, éstas deberán ser computadas como una sola Entidad.

DECIMA.- La Controladora y las Entidades Financieras estarán obligadas a publicar sus estados financieros anuales dictaminados, de conformidad con las disposiciones que señalen uniformemente los Organismos de inspección y vigilancia. De manera simultánea, los integrantes del Grupo deberán publicar sus estados financieros individuales.

DECIMA PRIMERA.- La casa de cambio que forme parte de un Grupo, deberá contar en todo momento con un capital social pagado por lo menos equivalente al mayor de los mínimos que se fije en el Acuerdo que sobre el particular emite la Secretaría.

DECIMA SEGUNDA.- Las operaciones por cuenta de terceros que realicen las instituciones de crédito y las casas de bolsa que formen parte de un Grupo, con las acciones de los demás integrantes del Grupo, así como de las sociedades en cuyo capital participen éstos, se sujetarán a lo siguiente:

I.- Deberán registrarse conforme a las disposiciones que para tal efecto dicte la Comisión Nacional de Valores o la Comisión Nacional Bancaria, de tal forma que permitan conocer estas operaciones de manera independiente a las realizadas con valores de otras emisoras; y

II.- Solamente podrán celebrarse cuando exista instrucción previa del cliente por escrito, telégrafo, telex, telefax o cualquier otro medio electrónico, de cómputo o de telecomunicaciones, que deje prueba fehaciente de dicha instrucción.

Los referidos intermediarios no podrán otorgar créditos a su clientela para financiar la adquisición de las acciones citadas, ni recibirlas en garantía o realizar cualquier operación en virtud de la cual pudieran adquirirlas.

DECIMA TERCERA.- Las operaciones que una Entidad Financiera realice en oficinas de otras Entidades, deberán ajustarse a las siguientes disposiciones:

I.- La Entidad Financiera que pretenda realizar operaciones a través de las oficinas de otras Entidades, deberá notificarlo al Organismo que la supervise, por escrito y cuando menos con diez días hábiles de anticipación a la fecha programada para el inicio de tales operaciones;

II.- Cuando las disposiciones aplicables establezcan que una operación deba efectuarse por personas autorizadas, únicamente podrán ser celebradas en oficinas de otra Entidad por quienes cuenten con dicha autorización;

III.- Las oficinas de las Entidades Financieras en las que se realicen operaciones de otras Entidades, deberán cumplir con los requisitos que se fijen a las oficinas de las Entidades que celebren las operaciones;

IV.- Las operaciones que se celebren, se documentarán en papel membretado de la Entidad que actúa en las oficinas de otras Entidades. Asimismo, su registro contable deberá asentarse en los libros de la Entidad primeramente citada, de conformidad con las disposiciones que al efecto dicte el Organismo de inspección y vigilancia que corresponda;

V.- La Entidad Financiera a través de cuyas oficinas se realicen operaciones de otra Entidad, tendrá obligación de recibir las visitas de inspección del Organismo encargado de vigilar a la Entidad que las realice, así como de proporcionar la documentación que éste le solicite relacionada con tales operaciones;

VI.- Las Entidades Financieras solamente podrán realizar operaciones con divisas y metales preciosos, a través de oficinas de otras Entidades, en los casos en que éstas se

encuentren expresamente autorizadas en reglas de carácter general expedidas por el Banco de México, de conformidad con las disposiciones aplicables.

DECIMA CUARTA.- Los límites y restricciones fijados en el artículo 31 de la Ley, serán aplicables a las Empresas así como a aquellas sociedades en cuyo capital participe alguna Entidad Financiera o Empresa.”²⁸

Con el fin de seguir con el orden establecido en el presente trabajo a continuación se señala lo que establece la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras como deberes, que entre otros y de los más importantes establece que la sociedad controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un grupo financiero, para dar protección a los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos, suscribirán un convenio que deberá contener las estipulaciones que la propia Ley establezca y en el cual se asentará lo siguiente:

“I. La controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras integrantes del grupo, correspondientes a las actividades que, conforme a las disposiciones aplicables, le sean propias a cada una de ellas, aun respecto de aquellas contraídas por dichas entidades con anterioridad a su integración al grupo, y

II. La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. En el evento de que el patrimonio de la controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, respecto de las entidades financieras integrantes del grupo se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán, en primer término, respecto de la institución de crédito que, en su caso, pertenezca a dicho grupo y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del grupo hasta agotar el patrimonio de la controladora. Al efecto, se considerará la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la controladora, su participación en el capital de las entidades de que se trate.

²⁸ [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PE/APF/APC/SHCP/Reglas/2007/09012007\(2\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PE/APF/APC/SHCP/Reglas/2007/09012007(2).pdf)

Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando los activos de la entidad no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.”²⁹

Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la controladora.

En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo.

Como ya se comentó es importante señalar que la LRAF establece estas obligaciones no sólo a la sociedad controladora del grupo sino también a cada una de las entidades de los grupos financieros, asimismo con relación a la responsabilidad de que la sociedad controladora responde ilimitadamente por las pérdidas de cada entidad financiera, la doctrina a través del maestro De la Fuente Rodríguez, ha expresado la necesidad de que esto sea modificado para que la sociedad controladora solo responda por las pérdidas o insolvencias de la entidad financiera de que se trate de manera parcial con el fin de proteger a los demás integrantes del grupo financiero.³⁰

3.1.4 Naturaleza Jurídica de los Grupos Financieros:

En los últimos años se han presentado avances importantes en la legislación financiera del país; por esta razón, en este título se realizará un breve análisis de uno de los principales ordenamientos que codifican a las entidades financieras.

El doctrinario Rogelio Guzmán Olguín señala: “la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras tiene por objeto sentar las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros, establecer la manera en que

²⁹ Artículo 28 de la LRAF.

³⁰ Cfr. DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Op. Cit. Pág. 1062*

han de operar estos grupos y proteger los intereses del público inversionista.”³¹

Se trata de una legislación novedosa en nuestro derecho, a pesar de que el bien jurídico que tutela no es nuevo, desde los años setenta, se tenía la necesidad de regular directa y especialmente los grupos que *de facto* fusionaban distintas sociedades de forma especializada con objetos sociales diferentes, complementándose entre sí, teniendo en común un contenido financiero; como los grupos financieros que regulaba la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares de 1941 artículo 99 Bis.

El Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez, comenta que es importante indicar que los grupos a que se refiere esta Ley estarán integrados por una sociedad controladora y por una de las entidades financieras siguientes:

- “Instituciones de Fianzas.
- Instituciones de Seguros.
- Sociedades Financieras de Objeto Limitado.
- Casas de Bolsa.
- Instituciones de Banca Múltiple.
- Sociedades Operadoras de Inversión.
- Organizaciones auxiliares de Crédito, (con excepción de uniones de crédito y sociedades de ahorro y préstamo).
- Administradoras de Fondos para el Retiro.”³²

³¹ GUZMÁN OLGUÍN, Rogelio; *Op. Cit.* pp. 123

³² Cfr. DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Op. Cit. Pág.* 1055

3.1.5 Soporte Legislativo Nacional

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF), se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990; y proporciona el marco legal normativo particular de los grupos financieros en México.

La Exposición de motivos de la LRAF dice lo siguiente:

“Como resultado de la tendencia mostrada en los mercados financieros, hacia la integración de los servicios prestados por los distintos intermediarios que en ellos participan, el Gobierno de la República ha venido presentando, en los últimos meses, diversas iniciativas tendientes a adecuar el marco normativo a la realidad que rodea nuestro sistema financiero.

Así, desde las reformas aprobadas por ese Poder Legislativo, en diciembre de 1989, seguidas de la iniciativa para el restablecimiento del régimen mixto en el servicio de la banca y crédito y, últimamente, en las propuestas que se refieren a la Ley de Instituciones de Crédito, y a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, se ha mostrado la intención de mi gobierno de alcanzar dicho objetivo.

Es por ello que, con el propósito de hacer posible la integración de agrupaciones como las previstas en el párrafo segundo del artículo 3º de la iniciativa de la citada Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; de otorgar un tratamiento similar al capital social de las casa de bolsa, respecto a las instituciones de banca múltiple y demás entidades financieras; y con el fin de realizar adecuaciones con relación con el marco presupuestal de la Comisión Nacional de Valores y al mecanismo para hacer efectivas las sanciones económicas que se impongan en los términos de la propia Ley, el ejecutivo Federal a mi cargo, en ejercicio de la facultad

que le confiere la fracción I del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, somete a la consideración del H. Congreso de la Unión, por el digno conducto de ustedes, la presente iniciativa de ley para Regular las Agrupaciones Financieras.”

El autor Carlos Felipe Dávalos Mejía, señala que la LRAF es el resultado de diferentes circunstancias, las cuales se actualizaron espontáneamente en un momento histórico dado (1990), que además coincide con la apertura del sistema financiero a la inversión privada nacional y extranjera en la banca múltiple. Algunas de estas circunstancias son las siguientes:

- “Con la institucionalización en 1982, de la banca y el crédito como un servicio público monopolizado por el Estado, la oferta de crédito se contrajo respecto de ciertas actividades, y se amplió de manera importante en otras; un importante número de profesionales promovieron las actividades de otros intermediarios financieros, como las casas de bolsa y las arrendadoras financieras, las cuales mediante sus actividades típicas, lograron disminuir las necesidades de financiamiento en los sectores que la banca no podía atender, y alcanzaron importantes índices de eficiencia y de penetración en el mercado financiero.
- Ese importante nivel de desarrollo parabancario permitió que otras actividades financieras, no solo se introdujeran al medio sino que, al igual que la casa de bolsa y la arrendadora, alcanzaran un desarrollo y una eficiencia inusitados; tal es el caso principal de las sociedades de inversión y las empresas de factoraje.
- Por la facultad e incluso la necesidad de inversión bursátil de otras instituciones con objeto social especializado, pero complementario de los anteriores, como las de seguros y finanzas, motivó que las actividades de éstas dos se acrecentaran y, por tanto, la importancia

de presencia en el mercado financiero, se hiciera mayor, que en épocas anteriores.

- Por la estrecha vinculación que existe entre las operaciones de estas distintas sociedades (de inversión, de seguros, de finanzas, arrendadoras financieras, de factoraje, casas de bolsa y cambio), las ventajas que obtenían sus titulares al agruparlas en un solo grupo de facto eran inmediatas, porque propiciaban una economía de escala de eficiencia insoslayable.
- Si a lo anterior se suma la apertura de la banca a la inversión privada y por tanto, la posibilidad de que en esos grupos de facto pudieran participar bancas múltiples, entonces es clara la necesidad de una legislación que permitiera, por una parte, un marco normativo idóneo para los grupos financieros que ya funcionaban de facto; y, por otra, que la actividad de esos grupos se desarrollara, en función de ese nuevo marco normativo, de manera consonante con la nueva Ley de Instituciones de Crédito.”³³

De acuerdo con el contenido de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras se puede señalar que pretende el buen funcionamiento del mercado y el incremento de la eficiencia en la intermediación financiera, coadyuvando con esto, a la formación de un sistema financiero más competitivo y solvente, apropiadamente regulado y supervisado, con una mayor capacidad de intermediación.

La existencia de las agrupaciones financieras se debe, en primera instancia, a la necesidad que tiene la sociedad de utilizar con mayor frecuencia los servicios financieros, que por su complejidad requieren de la intervención de varias instituciones, resultando que en la actualidad la mayoría de estos servicios son proporcionados por una sola institución

³³ Cfr. DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*. Editorial OXFORD; Segunda Edición; México 1992; Págs. 677-678.

financiera, lo que conlleva a ser una ventaja para el público usuario ya que ahora solo acude a un grupo financiero a realizar todas sus actividades en una sola visita en el menor tiempo posible.

Como ya se dijo, los grupos financieros son personas jurídicas que se encuentran encabezadas por una empresa controladora, la cual deberá seguir los lineamientos señalados en la Ley para Regular las agrupaciones Financieras y lo que se establece en las Reglas para la Constitución y Funcionamiento de las mismas, además cuentan con un patrimonio propio.

Como ya se describió el Marco Primario de las Agrupaciones Financieras lo compone la Ley Para Regular a las Agrupaciones Financieras, se encuentran también las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros que fueron publicadas el 23 de enero de 1991, mismas que se integran por veintiún reglas divididas en cinco capítulos.³⁴

La LARF establece en su artículo 4° las fuentes supletorias que junto con las de la LIC se tiene que son las siguientes:

- La Legislación Mercantil;
- Los Usos y Prácticas Bancarias y Mercantiles;
- El Código Civil Federal, y
- El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refiere el artículo 27 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

³⁴ Cfr. *Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros*. Editorial Porrúa, México, 2006.

3.1.6 Soporte legislativo Internacional

Tratados Internacionales

Una cuestión fundamental que se debe tomar en cuenta para hacer una correcta aplicación de las disposiciones relacionadas con el tema que nos ocupa, son los tratados internacionales en materia de libre comercio celebrados por México, que incluyen disposiciones específicas sobre servicios financieros.

Dichos tratados fueron celebrados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República y, de conformidad con el artículo 133 constitucional y los criterios de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, forman parte integral de nuestro orden jurídico.

Por lo tanto, es conveniente extender el análisis efectuado de la problemática que deriva de los programas de apoyo, a la óptica de los tratados internacionales suscritos por México.

La necesidad de extender el análisis a los tratados comerciales celebrados por México no es arbitraria, en virtud de que en mayo de 1999, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores Aéreos, estableció una tesis que modificó la jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano. En esta decisión, la Suprema Corte abandonó el criterio según el cual las leyes y tratados internacionales tenían la misma jerarquía,³⁵ para establecer, en cambio, que éstos se ubican por encima tanto de las leyes federales como de las locales.

³⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, pleno, tesis C/92, núm. 60, diciembre de 1999, p. 27

La tesis jurisprudencial emitida por nuestro más alto tribunal resuelve el problema que se presenta de la interpretación del sistema de recepción del derecho internacional, que tiene nuestra Constitución y que se manifiesta fundamentalmente, entre otros, en los artículos 133, 117-I, 15, 89-X. La doctrina establece una jerarquía en donde la Constitución está en la cúspide y en segundo plano están 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, y la Constitución establece que éstas serán "la ley suprema de toda la Unión".

Con la sentencia en el amparo 1475/98, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce el hecho inobjetable tanto dentro de la doctrina como de la interpretación jurisprudencial, que la Constitución es la ley fundamental y que el problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de leyes constitucionales, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional.

En efecto, los tratados internacionales tienen su origen en la voluntad soberana del pueblo que está expresada en la Constitución y precisamente en ella reside los fundamentos de los Estados para la adhesión a los tratados internacionales.

De conformidad con la LRAF y la LIC, la primera norma aplicable a las entidades filiales son los referidos tratados. Pero más allá de esto, las disposiciones de dichos tratados tienen implicaciones para la legalidad de los programas de apoyo, como más adelante se abordará.

Los tratados contienen disposiciones sumamente relevantes, no solamente respecto de la estructura accionaria de las filiales, sino también respecto de protecciones mínimas a los inversionistas, así como excepciones y reservas que pueden ser invocadas por las Partes.

3.1.7 Función de las Agrupaciones Financieras

A lo largo del presente estudio se ha visto que las agrupaciones financieras tienen entre otras las siguientes funciones:

- actuar de manera conjunta y ofrecer servicios complementarios frente al público;
- estar en capacidad de ofrecer una gran diversidad de inversiones y productos, lo que les permite estar en situación de ventaja frente a los competidores;
- llevar a cabo operaciones propias a través de las oficinas y sucursales de otras entidades integrantes del grupo;
- buscar ahorro en los costos, obtener una mayor productividad y eficiencia;
- la prestación de servicios integrados;
- Tienen la función también de ser una respuesta al desarrollo e internacionalización de las operaciones financieras en un contexto de globalización económica;
- No responder por las pérdidas de la controladora, ni de los demás participantes.

Los grupos a los que me referí en las líneas anteriores se encuentran demarcados en la LRAF que establece en el artículo 7º: “**Artículo 7o.-** Los grupos a que se refiere la presente Ley estarán integrados por una sociedad controladora y por algunas de las entidades financieras siguientes: almacenes generales de depósito, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, sociedades operadoras de sociedades de inversión,

distribuidoras de acciones de sociedades de inversión, administradoras de fondos para el retiro y sociedades financieras de objeto múltiple.

El grupo financiero podrá formarse con cuando menos dos de las entidades financieras señaladas en el párrafo anterior, que podrán ser del mismo tipo. Como excepción a lo anterior, un grupo financiero no podrá formarse sólo con dos sociedades financieras de objeto múltiple.

Tercer párrafo.- Derogado.

I.- Derogada.

II.- Derogada.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, podrá autorizar que otras sociedades puedan formar parte de estos grupos.”

Asimismo y en particular a la función de la sociedad controladora el Dr. De la Fuente Rodríguez indica sobre la función de las Sociedades Controladoras: “Su función es de tipo administrativo, adquirir y administrar las acciones de los integrantes del grupo financiero, que representan el 51% de su capital social.”³⁶

3.2 Análisis del artículo 18 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

En particular se establece en el artículo 18 de la Ley tutelante lo siguiente:

“Artículo 18.- El capital social de las sociedades controladoras estará formado por una parte ordinaria y podrá también estar integrado por una parte adicional.

³⁶ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Op. Cit. Pág. 1059.*

El capital social ordinario de las sociedades controladoras se integrará por acciones de la serie "O".

En su caso, el capital social adicional estará representado por acciones serie L, que podrán emitirse hasta por un monto equivalente al cuarenta por ciento del capital social ordinario, previa autorización de la Comisión Nacional de Valores.

Las acciones representativas de las series "O" y "L" serán de libre suscripción.

No podrán participar en forma alguna en el capital social de la controladora, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad. Tampoco podrán hacerlo entidades financieras del país, incluso las que formen parte del respectivo grupo, salvo cuando actúen como inversionistas institucionales, en los términos del artículo 19 de esta Ley.”

Para el análisis del artículo 18 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, es necesario mencionar que los grupos financieros de conformidad con las reformas a la LRAF del 18 de julio de 2006, en particular al artículo 7°, que ya fue transcrito en párrafos anteriores y que entre otras cosas señala que los grupos estarán integrados por una sociedad controladora.

Del precepto antes mencionado y de lo estudiado, permite establecer que, la sociedad controladora es la sociedad anónima de capital variable con duración indefinida, su objeto consiste en adquirir y administrar las acciones que representan cuando menos el 51% del capital social pagado, emitidas por las entidades integrantes del grupo financiero, lo que le da derecho a ejercer el control directivo, jurídico y operativo.

El grupo financiero encabezado por la sociedad controladora puede ser de dos tipos:

- No filial: es aquella sociedad anónima mexicana establecida en territorio nacional, con duración indefinida, la cual tendrá el control de las asambleas generales de accionistas así como de la administración de los integrantes del grupo financiero.
- Filial: es la constituida de modo que la totalidad o la mayoría de sus participaciones se distribuye a otra sociedad (madre). Esta es la forma típica de formación de empresas, en que, manteniéndose la independencia jurídica, se produce una unidad de dirección económica.

Procediendo al estudio del artículo 18, es pertinente aclarar que la sociedad controladora a que se hace alusión en el artículo en cuestión es precisamente la figura que se acaba de explicar. Se hace la distinción también de los dos diferentes modos en que se puede encabezar a los grupos ya que es también parte importante del análisis de la problemática de este trabajo, en virtud de que en las posiciones de algunos expertos que aquí se analizan, así como lo opinado por la SHCP en el comunicado de prensa, que se exponen en el mismo se hace la diferenciación específicamente en el tipo de control de las agrupaciones financieras denominadas “Filial”.

El cuadro que se incluye a continuación explica claramente las reformas que se han venido dando a este artículo a partir del año 1990 hasta las reformas del 19 de enero de 1999.

Artículo 18 de la LRAF:

PUBLICACIÓN DOF 18/Jul/1990	REFORMA DOF 9/Jun/1992	REFORMA DOF 15/Jun/1995	REFORMAS DOF 19/Ene/1999 TEXTO VIGENTE
<p>ARTICULO 18.- ... [La prohibición abarcaba las acciones de las series “A”, “B” y “C”.]</p> <p><u>En ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital de la controladora, directamente o a través de interpósita persona, gobiernos o dependencias oficiales extranjeros. Tampoco podrán hacerlo entidades financieras del país, incluso las que formen parte del respectivo grupo, salvo cuando actúen como inversionistas institucionales, en términos del artículo 19 de esta Ley.</u></p>	<p>ARTICULO 18.- ... [La prohibición abarcaba las acciones de las series “A”, “B”, “C” y se incorporó la “L”.]</p> <p><u>En ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital de la controladora, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad. Tampoco podrán hacerlo entidades financieras del país, incluso las que formen parte del respectivo grupo, salvo cuando actúen como inversionistas institucionales, en términos del artículo 19 de esta Ley.</u></p>	<p>Artículo 18.- ... [La prohibición abarcaba las acciones de las series “A”, “B”, y “L”. Desaparecen las “C”.]</p> <p><u>No podrán participar en forma alguna en el capital social de la controladora, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad. Tampoco podrán hacerlo entidades financieras del país, incluso las que formen parte del respectivo grupo, salvo cuando actúen como inversionistas institucionales, en los términos del artículo 19 de esta Ley.</u></p>	<p>Artículo 18.- ... [La prohibición abarca las acciones de las series “O” y “L”. Las acciones de las series A, B y C, fueron sustituidas por las “O”.]</p> <p><u>No podrán participar en forma alguna en el capital social de la controladora, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad. Tampoco podrán hacerlo entidades financieras del país, incluso las que formen parte del respectivo grupo, salvo cuando actúen como inversionistas institucionales, en los términos del artículo 19 de esta Ley.</u></p>

De la comparación a los textos del artículo 18 en cada una de las reformas se puede afirmar que la prohibición a la inversión de estas agrupaciones por parte de capital soberano se mantuvo en todas y cada una de ellas.

La Ley para regular las Agrupaciones Financieras, en la cual, desde su entrada en vigor en mil novecientos noventa, sí fue establecida esa restricción, misma que fue materia de algunas líneas en la exposición de motivos correspondiente.

Como se muestra en el cuadro, lo anterior evidencia que antes de la reforma sobre la apertura de la inversión extranjera y antes de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se puede interpretar que el legislador tenía presente que no resultaba conveniente la intervención de los gobiernos o dependencias oficiales extranjeras en el capital social de una institución o agrupación financiera, en ningún momento y bajo ninguna forma, ni directa ni indirectamente.

Por lo tanto es pertinente decir que por los periodos de tiempo que abarcan las reformas, en ambas administraciones gubernamentales, se buscó de manera coherente el incentivar la llegada de capitales extranjeros en las instituciones financieras del país, ya que se cuidó el que se reformaran las diferentes normas primarias que regulan a las instituciones de crédito y a las agrupaciones financieras en forma similar.

A su vez, es importante mencionar que el Congreso de la Unión, desde mi punto de vista, no se circunscribió a tipo alguno de acciones, sino que establece una prohibición absoluta para que autoridades extranjeras participen en el capital social de la agrupación financiera, de ahí que resulte difícil otra interpretación.

Respecto a la utilización del adjetivo “controladora”, que desde mil novecientos noventa impera en la redacción del artículo, es fundamental expresar que la Ley para regular las Agrupaciones Financieras únicamente contemplaba a ese tipo de sociedades en la integración de agrupaciones financieras, cuestión que prevaleció hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y tres, esto es, con posterioridad al Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Para concluir respecto del análisis del artículo 18 consideré ilustrativo transcribir unos párrafos de lo que el 23 de marzo del 2009, publicó Miguel Ángel Granados Chapa:

“Con una interpretación especiosa del artículo 13 de la ley bancaria (y el 18 de la ley de agrupaciones financieras, citado por la propia autoridad) la Secretaría de Hacienda juzga innecesario actuar en el caso de Banamex

“Mediante una interpretación especiosa que acaso no permaneciera firme de ser sometida a los tribunales, la Secretaría de Hacienda determinó el jueves pasado que no afecta el interés nacional el hecho de que el gobierno de Estados Unidos tenga el control de Citigroup, propietario a su vez de Banamex. De ese modo la denominación comercial de ese banco podría mudarse a Banusa, puesto que la autoridad hacendaria niega lo evidente, que esa institución bancaria viola no sólo el artículo 13 de la ley de instituciones de crédito sino también el 18 de la ley de agrupaciones financieras, traído a la discusión por la propia Secretaría.

“Hacienda difundió el 19 de marzo su parecer sobre la actual situación de Banamex. Lo hizo en un documento titulado "Implicaciones de los programas de apoyo implementados por gobiernos extranjeros con motivo de la crisis global sobre el sistema financiero nacional". En él se afirma sin vacilar que "los programas de apoyo de gobiernos extranjeros no violan la legislación mexicana". Ésa es una falacia, porque se discuten no los programas de apoyo en sí mismos, que los gobiernos tienen pleno derecho a aplicar en su ámbito territorial. Lo que puede causar problema, y así lo reconoce la propia autoridad al anunciar una iniciativa de reforma legal que lo prevenga e impida, es el hecho de que un gobierno extranjero participe en el capital social de un banco que fue mexicano y opera en México (y que, para colmo, ostenta una denominación que hasta propicia la confusión con el banco central).

“Hacienda considera, refiriéndose a la prohibición establecida en el citado artículo 13 de la ley bancaria, que "la norma no abarca casos de emergencia derivados de crisis globales, ni la participación mayoritaria de inversión extranjera". Es cierto que la regla no previno la crisis global, pero concibió una situación general, que abarca las diversas posibilidades específicas: los gobiernos extranjeros "no podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de banca múltiple". Sin que importe el origen de la intervención gubernamental ni sus propósitos, el gobierno de Washington no puede participar de ninguna manera en el capital. Hacienda asegura lo contrario y pretende sustentar su tesis además en el Tratado de Libre Comercio, apegándose al cual se ha otorgado apoyo. Es un argumento superfluo, porque en México no nos atañe el fundamento del gobierno de Estados Unidos para actuar como lo hace. Es propio de su soberanía actuar como lo haga. Pero es propio de la nuestra prevenir las consecuencias de que las operaciones de uno de los principales bancos en el país no se realicen conforme a las necesidades mexicanas y de acuerdo a la legislación nacional.

“En una obvia contradicción consigo misma, Hacienda cita la ley de agrupaciones financieras, más reciente que la bancaria (dato que importa pues la autoridad desdeña la de instituciones de crédito por una presunta obsolescencia). Su artículo 18 contiene exactamente la misma prohibición que el 13 citado. Y aunque asegura que la participación de gobiernos extranjeros "no está sancionada... con la revocación de la autorización para operar como entidad financiera", no puede menos que aceptar que el incumplimiento del 18 de la ley de agrupaciones "se sanciona con la venta forzosa de las acciones del grupo financiero transmitidas en contravención a la ley". Hacienda busca escapar de su contradicción asegurando que "para que esa sanción sea aplicable, se requiere que la compra sea directa", pero el artículo 27 H de la propia ley admite la posibilidad de que la adquisición

sea directa o indirecta. Así lo dispone en el capítulo referido a las filiales de banca extranjera, en cuyo régimen, según Hacienda, no se estableció la prohibición a gobiernos extranjeros. No se estableció, ciertamente, porque ya existía en general, en la propia ley de 1990, reformada tres años más tarde, y en la ley bancaria...”³⁷

Lo señalado permite determinar que para Granados Chapa, en su argumento le da más fuerza a la Ley para Regular Agrupaciones Financieras (LRAF) y su artículo 18 que al mismo artículo 13 de la LIC, en virtud de que en ésta regulación se tuvo desde sus inicios la prohibición acerca de la inclusión de capital soberano en las agrupaciones financieras.

³⁷ GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel; Plaza Pública, 23 de marzo del 2009; periódico Reforma.

Capítulo IV.- La Autoridad Responsable en materia de Amparo.

El objeto del presente capítulo es analizar la responsabilidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), que el 19 de marzo de 2009, emitió el comunicado de prensa titulado, “Implicaciones de los Programas de Apoyo Implementados por Gobiernos Extranjeros con motivo de la crisis global sobre el Sistema Financiero Nacional.” En dicho comunicado la SHCP, pretendió establecer el criterio por el cual interpretaba, lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC), con relación a la reciente adquisición de acciones por parte del gobierno de los Estados Unidos de América (EUA), como parte de las medidas de rescate financiero a diversas instituciones bancarias de ese país, entre ellas Citigroup, socio importante del grupo financiero Citi-Banamex, que opera en nuestro país.

4.1 Autoridad Responsable

Antes de iniciar el análisis del comunicado de prensa creo que es importante el definir a la autoridad responsable en materia de amparo, de tal forma se tiene que para el Maestro Genaro Góngora Pimentel “Ni la Constitución ni la Ley de Amparo nos dan una definición del término “autoridad”.³⁸ El mismo autor señala que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su jurisprudencia es quién explica lo qué se debe entender por autoridad para los efectos del juicio de amparo:

“AUTORIDADES RESPONSABLES. CUÁLES PUEDEN SER SEÑALADAS COMO TALES.- Si conforme a la ley que lo rige el acto reclamado debe emanar de una dependencia gubernamental, y al notificarlo o darlo a

³⁸ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. *Introducción al estudio del Juicio de Amparo*, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 2

conocer en alguna forma o en alguna parte de se menciona el que proviene de esa dependencia, debe concluirse que aunque ese acto o su notificación o publicación aparezcan suscritos por algún funcionario diferente del titular de aquella dependencia gubernamental, a quien suscribió el acto, o ambos, ya que en todo caso la ambigüedad de la situación no sería imputable al particular afectado, y además de ninguna manera se podría hablar de indefensión de las autoridades si se señala como responsable a quien suscribió el acto o su notificación, o si se señala al titular de la dependencia gubernamental la que en alguna forma se atribuye la procedencia del acto, de acuerdo con su propio contenido, y quien, en todo caso, debió o pudo dictarlo conforme a la ley. Y por la misma razón pueden señalarse también como responsables todas aquellas autoridades que, del texto del acto reclamado, tengan injerencia en el mismo, o en su aplicación. Todo lo cual se desprende que para el juicio de amparo no deben considerarse como un laberinto de tecnicismo en el cual se extravíen los ciudadanos en la defensa de sus derechos constitucionales, sino como un medio sencillo y expedito para que obtengan la tutela de sus derechos.

Amparo en revisión RA-597/73.- Cámara nacional de la Industria de la Transformación.- 11 de febrero de 1974.- Unanimidad de votos.- Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.- Secretario: Mario Pérez de León E.”³⁹

Del texto de la jurisprudencia que se acaba de transcribir nos deja en claro que es la SHCP la responsable de la emisión del Comunicado de Prensa, lo que se pone en duda es sí el comunicado en sí puede calificarse como un acto de autoridad en materia de amparo.

³⁹ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, SAUCEDO ZAVALA, María Guadalupe. *Ley de Amparo, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMPILACIÓN DE TESIS, TOMO II ARTÍCULOS 81 HASTA 234 Y TRANSITORIOS. Artículo 116, Fracción III, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 2461*

4.2 Análisis del comunicado de prensa de la SHCP

Como ya se dijo el diecinueve de marzo de dos mil nueve, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de su Dirección de Información, emitió el comunicado de prensa 012/2009, el cual se transcribe a continuación:

“México, D. F., 19 de marzo de 2009

IMPLICACIONES DE LOS PROGRAMAS DE APOYO IMPLEMENTADOS POR GOBIERNOS EXTRANJEROS CON MOTIVO DE LA CRISIS GLOBAL SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL

CONTEXTO ACTUAL

- La profunda crisis financiera y económica internacional ha afectado a intermediarios financieros de diversos países del mundo. Para hacer frente a esta difícil situación, los gobiernos de las naciones afectadas han trabajado, en conjunto con sus órganos legislativos, en el diseño e implementación de programas de apoyo dirigidos a mantener la estabilidad de sus sistemas financieros y proteger a sus ahorradores e inversionistas.*
- De los intercambios realizados con autoridades financieras extranjeras se concluye que, por la propia naturaleza de los programas de apoyo, es previsible que éstos se retiren conforme vaya mejorando el entorno económico.*
- La intervención de los gobiernos no ha tenido por objeto convertirlos en prestadores de servicios financieros; las medidas responden exclusivamente a la necesidad de salvaguardar sus sistemas financieros y los depósitos de sus ahorradores. Por tanto, tales medidas no responden a una intención deliberada de participar en la banca y menos aún de intervenir en el sistema financiero mexicano.*
- A cambio del apoyo otorgado, las dependencias gubernamentales involucradas han obtenido diversos instrumentos representativos de capital.*

- *Es innegable que los beneficios de los apoyos otorgados en el extranjero se extienden a sus filiales en México, contribuyendo a conservar su valor, preservar su nivel de capitalización y mantener su capacidad operativa en México.*

PROBLEMÁTICA

El artículo 13 de la Ley de Instituciones de Crédito a la letra dice lo siguiente:

No podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de banca múltiple, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad. Este artículo ha generado diferentes opiniones respecto a las implicaciones, sobre las filiales mexicanas, de los apoyos y rescates implementados por gobiernos extranjeros en beneficio de las matrices. Sin embargo, existen otras disposiciones legales sobre la materia, las cuales deben ser tomadas en cuenta para establecer el criterio legal aplicable al caso concreto.

Corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la interpretación sobre la aplicación de estas leyes.

LOS PROGRAMAS DE APOYO DE GOBIERNOS EXTRANJEROS NO VIOLAN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

a. La norma no abarca casos de emergencia derivados de crisis globales, ni la participación mayoritaria de inversión extranjera

La prohibición establecida en el artículo 13 de la Ley de Instituciones de Crédito data de hace más de 20 años, en un contexto en que la inversión extranjera sólo se permitía de manera minoritaria y no consideraba los escenarios generados por una profunda crisis económica mundial. En consecuencia, los preceptos vigentes, dada su generalidad y antigüedad, no alcanzan a regular la situación actual del sistema financiero mexicano, en

donde ya se permite la participación extranjera al cien por ciento, ni los escenarios de emergencia que enfrenta el sistema financiero internacional.

b. Los tratados de los que México es parte, reconocen la posibilidad del otorgamiento de apoyos y rescates por sus contrapartes extranjeras

La experiencia internacional reconoce como necesaria, por causa de interés general, la intervención de los gobiernos para restablecer la viabilidad de los sistemas financieros ante una crisis generalizada. México ha formado parte fundamental en esta experiencia. Los diferentes tratados de libre comercio suscritos por México, reconocen específicamente el derecho de las partes de adoptar o mantener medidas razonables por motivos prudenciales tales como proteger a ahorradores e inversionistas, asegurar el funcionamiento del sistema nacional de pagos, y en suma, mantener la seguridad, solidez e integridad del sistema financiero en su conjunto.

Los países que han otorgado apoyos a sus entidades financieras lo han hecho con apego a dichos tratados, los cuales tienen supremacía sobre las leyes generales, conforme a los criterios sostenidos por el Poder Judicial.

c. Las sanciones previstas en las leyes mexicanas son aplicables a las participaciones directas

Al igual que la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras prohíbe la participación de personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en el capital social de grupos financieros mexicanos. El incumplimiento de esta norma se sanciona con la venta forzosa de las acciones del grupo financiero transmitidas en contravención a la ley.

Para que esta sanción sea aplicable, se requiere que la compra sea directa, es decir, que haya una adquisición de acciones de los grupos financieros en México. En los casos que nos ocupan, esto no ha sucedido, puesto que los apoyos se dieron adquiriendo participaciones sociales de las entidades en el extranjero.

Por otra parte, es importante señalar que la participación de gobiernos extranjeros en el capital social de entidades financieras mexicanas no está sancionada en la ley con la revocación de la autorización para operar como entidad financiera.

d. La ley mexicana prevé un régimen específico para las filiales

Conforme al régimen general, la legislación mexicana establece que las acciones representativas del capital social de las instituciones financieras serán de libre suscripción, es decir susceptibles de ser adquiridas por personas nacionales como extranjeras.

Sin embargo, en 1993, al amparo de los tratados de libre comercio, fueron aprobadas reformas a la legislación financiera que establecieron un régimen particular para la inversión extranjera proveniente de nuestros socios comerciales. Este régimen dio lugar al establecimiento de “filiales” que son sociedades establecidas en México y cuya serie mayoritaria de acciones es la denominada “F”.

Dicho régimen aplicable a las filiales exige: i) que sus matrices estén constituidas en un país con el que México haya suscrito un tratado que admita el establecimiento de instituciones financieras filiales y ii) que sus acciones sean suscritas mayoritariamente por una institución que realice en el país de origen el mismo tipo de operaciones que pretende realizar en México a través de la filial.

Dado que en el caso de las filiales existe un régimen específico de tenencia accionaria acorde con los tratados internacionales, para éstas no se estableció la prohibición a la inversión de personas extranjeras que ejerzan actos de autoridad que aplica al régimen accionario general.

En tal virtud y conforme al principio de legalidad, la autoridad no tiene facultades para aplicar una regla no prevista expresamente para el caso concreto.

PROPUESTA

No obstante todo lo anteriormente expuesto, el Gobierno Federal estima necesario presentar al Congreso de la Unión, una iniciativa de reforma con el objeto de reafirmar la rectoría del Estado sobre el sistema financiero nacional. En este sentido, se confirmará la prohibición de la participación de gobiernos extranjeros en dicho sistema, al tiempo que se establecerán con toda claridad los supuestos de excepción estrictamente necesarios para afrontar situaciones de crisis como las que se presentan hoy día.

En todo caso, para los supuestos de excepción, las leyes mexicanas habrán de prever con toda claridad: i) la facultad de las autoridades financieras para evitar que se distribuyan dividendos al exterior, cuando pudiera afectarse la solvencia y solidez de las instituciones establecidas en México y; ii) la obligación, una vez transcurrido tres años, sin que la institución haya salido del supuesto de excepción, de colocar al menos el 25% del capital social entre el gran público inversionista, a través de la Bolsa Mexicana de Valores. De persistir esta situación por un periodo adicional de tres años, se exigirá que dicha colocación supere el 50% del capital social.

Asimismo la legislación contemplará un régimen efectivo de sanciones en caso de incumplimiento. Este nuevo régimen permitirá inhibir la

participación accionaria de gobiernos extranjeros en el sistema financiero mexicano cuando ésta obedezca a la intención de influir en él. Al mismo tiempo, brindará seguridad a las inversiones de capital que se realicen en entidades financieras mexicanas en este entorno de crisis financiera internacional y relativa escasez de capital en los sistemas bancarios alrededor del mundo.

Las autoridades financieras mexicanas reiteran su firme compromiso de proteger la estabilidad del sistema financiero nacional, siempre con el objetivo primordial de velar por los recursos de los ahorradores, el sano desarrollo de los mercados financieros, la disponibilidad de recursos para las fuerzas productivas del país, así como el óptimo funcionamiento del sistema nacional de pagos.”⁴⁰

Antes de transcribir el comunicado de prensa, se hizo referencia a la definición que de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación a la autoridad responsable, del análisis de la misma es más que claro que la autoridad responsable en el caso de la publicación del comunicado es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quién en el mismo califica e interpreta una situación jurídica, que puede afectar los intereses de los particulares.

Con el fin de darle coherencia al trabajo comenzaré comentando sobre el tema que le da nombre al capítulo, ya se explicó que quién publicó el comunicado de prensa fue la SHCP, a través de su Dirección de Información. Desde que se publicó el boletín hasta la fecha, no se tiene conocimiento de que se haya presentado algún amparo. Durante el desarrollo del trabajo se consultaron los medios electrónicos impresos, se

⁴⁰ COMUNICADO DE PRENSA 012/2009, www.hacienda.gob.mx, DIRECCION DE INFORMACION PALACIO NACIONAL.

revisaron las páginas web de los mismos, se consultaron y entrevistaron expertos en la materia y se verificó que no se dio el caso o los casos en que esto hubiera ocurrido.

Ahora bien, en el poder definir quiénes hubieran podido verse afectados por las supuestas violaciones a la prohibición estipulada en el artículo 13 y no lo hicieron, es posiblemente en donde radica la efectividad del comunicado de prensa.

El artículo 13 de la LIC, confiere un derecho, pero también pone una limitación,⁴¹ al estar en este supuesto que la norma nos dice se abren dos posibilidades, para los bancos solicitar amparo porque se les está aplicando, si es que fuera el caso, según el artículo 13, y para quién tenga interés jurídico contra esta determinación de la SHCP, promover también amparo, quiénes estarían legitimados para llevar a cabo esto serían los accionistas, esto sin importar el número de acciones que se tengan. En el primer caso señalamos a los bancos, porque la prohibición que se establece en el artículo no tiene sanción que esté contemplada en el artículo 28 de nuestra Constitución.

De esta misma forma puedo decir que el comunicado de prensa, al hacer una calificación que viene desde su mismo título: “Implicaciones de los programas de apoyo implementados...” en el mismo establece que las instituciones no caen en la ilicitud, este calificativo comunica una decisión por parte de la autoridad que puede causarle perjuicio jurídico a alguna persona física o moral.

En el capítulo anterior del presente trabajo cité el editorial del Maestro Granados Chapa, en el editorial el autor hace referencia a un artículo del

⁴¹ Información obtenida de la entrevista con el Lic. Fabián Aguinaco Bravo, Junio 2009

periódico El Universal de Jesús Silva Herzog, ex-Secretario de Hacienda en los últimos años de la Administración del Presidente José López Portillo y durante la mitad del sexenio del Presidente Miguel de la Madrid, y Francisco Suárez Dávila quien fuera Subsecretario en la misma dependencia cuando Silva Herzog era el titular, en ese artículo los autores calificaron como un documento “jurídicamente débil, inconsistente y falaz”⁴², en el mismo texto critican duramente a la SHCP por no aplicar el artículo 13 de la LIC.

En mi opinión el comunicado de prensa es un documento que estuvo bien pensado. A pesar de que entre los expertos que se entrevistó, así como por los que en su momento analizaron u opinaron sobre el comunicado en los medios electrónicos, establecieron diferentes posiciones en cuanto a sí el mismo se puede o no calificar como un acto de autoridad, lo cierto es que a pesar de que algunos lo llamaron, “desafortunado”, “mañoso”, etcétera, todos estuvieron de acuerdo en que es un texto que fue pensado, cuidado, bien elaborado. Los calificativos negativos vienen por la sencilla razón de que el texto es ambivalente, esto es, reconoce que hay un problema, que fue generado por la situación de emergencia que se vivió en los mercados internacionales, principalmente en el de los EUA, a este problema de emergencia en una de las principales instituciones financieras de los EUA, el gobierno de ese país lo solucionó inyectando capital soberano⁴³ para salvar de la quiebra esa institución, el comunicado señala la problemática, la acepta, nos ilustra además que esa inyección de capital está prevista en nuestra legislación establecida como una prohibición, que al tratarse de una situación de emergencia que no está contemplada en la Ley, va ha ser permitida, y que para subsanar estas irregularidades presentará una propuesta al Congreso de la Unión con una incitativa que regule de

⁴² “Hacienda: reprobada en derecho... y en nacionalismo”: Jesús Silva Herzog y Francisco Suárez Dávila”, <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/43382.html> (Consultado 3 de junio de 2009)

⁴³ Información obtenida de la entrevista con el Lic. Jaime Cortés Rocha, Junio 2009

manera específica la situación surgida por la emergencia de los mercados. Esta contradicción es la que fue criticada y señalada como una de las partes débiles del documento, sobre todo en lo que se refiere a su fundamento jurídico, principalmente en la propuesta de iniciativa en donde se fijan plazos para que el gobierno de los EUA desinvierta⁴⁴ su capital dentro de la institución financiera, ya que estos son plazos que no existen en ningún cuerpo legal de México mucho menos en la Constitución.

Es importante señalar que el objeto de este estudio no es hacer un análisis de tipo kelseniano⁴⁵ como lo calificó uno de los entrevistados (para Kelsen todo acto jurídico sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado, por lo que para poder aplicar el derecho es necesario establecer el sentido de la norma que se aplicará),⁴⁶ pero sí el aclarar acerca de la importancia que existe de poder interpretar la ley y su circunstancia. “En efecto, primero es necesario determinar cuál es el alcance de la norma; el sentido de los términos utilizados, la intención del legislador, el fin de la norma... y, una vez determinado aquello, se podrá aplicar la norma en cuestión y que solamente lo que dice la ley.”⁴⁷

De tal forma que el planteamiento que carece de sustento legal es el que se refiere a los plazos para la desinversión contenidos en la propuesta de iniciativa de ley del comunicado. Asimismo tenemos que para los expertos no es posible darle una interpretación literal al artículo 13 de la LIC, en virtud de que la prohibición está dirigida a la inversión directa, “nos parecería absurdo que en una situación de rescate de una matriz, que es lo que se está haciendo, el sistema jurídico mexicano pueda querer entre sus propósitos producir una afectación patrimonial, a uno de sus agentes

⁴⁴ Información obtenida de la entrevista con el Dr. José Antonio Lozano, Junio 2009

⁴⁵ Información obtenida de la entrevista con el Lic. Fabián Aguinaco Bravo, Junio 2009

⁴⁶ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 13^a. Edición, ed. Porrúa, México 2003, p. 251.

⁴⁷ Información obtenida de la entrevista con el Lic. Fabián Aguinaco Bravo, Junio 2009

económicos, llámese como se llame, puede ser Banamex o cualquier otro de los bancos que tenga un problema similar, yo creo que es un entendimiento literalista y torpe de la ley, porque la ley hay que entenderla en sus propósitos, no solamente en sus textos, y las reglas de interpretación lo dicen en el código civil, cuando el propósito de un contrato, vamos a extenderlo a las leyes, es claramente contrario a su texto te tienes que atender al propósito más que al texto, y también es una regla de interpretación legal. Y aquí yo no veo que sean abiertamente contrarios, pero el argumento finalístico yo creo que se agrega al anterior que te hicimos, que era más bien literal y sistemático.”⁴⁸

4.3 Un comunicado de prensa ¿se puede considerar un acto de autoridad en materia de Amparo?

En opinión del que sustenta el presente trabajo sí lo es. En el análisis que se hizo del mismo se puede leer que el comunicado establece claramente la posición del gobierno Federal en cuanto a la situación de emergencia en los mercados internacionales, aún cuando todos los expertos que fueron entrevistados, menos uno, opinaron que no representa un acto de autoridad, lo cierto es que después de que fueron realizadas las entrevistas, junio del 2009, el Congreso de la Unión le solicitó al Gobierno Federal que estableciera una posición clara en cuanto a sí el contenido del comunicado de prensa multicitado era la posición oficial del Gobierno Federal, el 21 de septiembre del 2009, en oficio signado por Alejandro Werner Wainfeld, Subsecretario de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual establece que la posición contenida en el comunicado de prensa antes transcrito corresponde a la postura oficial de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por tanto jurídicamente el comunicado de prensa como tal por sí solo no representa un acto de autoridad.

⁴⁸ Información obtenida de la entrevista con el Lic. Jorge Gaxiola, Junio 2009

Capítulo V Los casos de emergencia.

En el comunicado de prensa que se analizó en el capítulo anterior, se menciona un apartado que específicamente señala: “Los tratados de los que México es parte, reconocen la posibilidad del otorgamiento de apoyos y rescates por sus contrapartes extranjeras”. Con el fin de continuar coherentemente con el estudio del mismo en el presente capítulo analizaremos brevemente lo concerniente al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y su mención en el comunicado de prensa, la necesidad de extender el análisis a los tratados comerciales celebrados por México no es arbitraria. Como ya se señaló, de conformidad con la LRAF y la LIC, la primera norma aplicable a las entidades filiales son los referidos tratados. Pero más allá de esto, las disposiciones de dichos tratados tienen implicaciones para la legalidad de los programas de apoyo.

5.1 Tratados Internacionales-supremacía sobre las Leyes Generales

Al analizar en el Capítulo correspondiente a los derechos y deberes de las Instituciones de Crédito en su actuación como Agrupaciones Financieras, en particular al título Soporte Legislativo Internacional, hice referencia a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores Aéreos, en la que estableció una tesis que modificó la jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano. En esta decisión, la Corte abandonó el criterio según el cual las leyes y tratados internacionales tenían la misma jerarquía, para establecer, en cambio, que éstos se ubican por encima tanto de las leyes federales como de las locales.

5.2 Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Una vez aclarado lo anterior abordaré lo relacionado al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y el tema que nos ocupa. El TLCAN firmado el diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, aprobado por la Cámara de Senadores el veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y tres y publicado el veinte de diciembre siguiente en el Diario Oficial de la Federación, en donde fue integrado un capítulo que regula los Servicios Financieros prestados en territorio nacional y en las naciones firmantes.

Los tratados contienen disposiciones sumamente relevantes, no solamente respecto de la estructura accionaria de las filiales, sino también respecto de protecciones mínimas a los inversionistas, así como excepciones y reservas que pueden ser invocadas por las Partes.

A continuación hacemos mención de los artículos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que se mencionan en el comunicado de prensa:

5.3 Artículos 1403 y 1405 del capítulo de Servicios Financieros:

“Artículo 1403. Derecho de establecimiento de instituciones financieras

- 1. Las Partes reconocen el principio de que a un inversionista de otra Parte se le debería permitir establecer una institución financiera en territorio de una Parte con la modalidad jurídica que elija tal inversionista.*

2. *Las Partes también reconocen el principio de que a un inversionista de otra Parte se le debería permitir participar ampliamente en el mercado de una Parte mediante la capacidad que tenga tal inversionista para:*

(a) prestar, en territorio de esa Parte, una gama de servicios financieros, mediante instituciones financieras distintas, tal como lo requiera esa Parte;

(b) expandirse geográficamente en territorio de esa Parte; y

(c) ser propietario de instituciones financieras en territorio de esa Parte sin estar sujeto a requisitos específicos de propiedad establecidos para las instituciones financieras extranjeras.

3. *Sujeto a lo dispuesto en el Anexo 1403.3, y en el momento en que Estados Unidos permita a los bancos comerciales de otra Parte ubicados en su territorio, expandirse a sustancialmente en todo el mercado estadounidense a través de subsidiarias o sucursales, las Partes revisarán y evaluarán el acceso a mercado otorgado por cada una de ellas en relación con los principios establecidos en los párrafos 1 y 2, con miras a adoptar acuerdos que permitan a inversionistas de otra Parte elegir la modalidad jurídica para el establecimiento de bancos comerciales.*

4. *Cada una de las Partes permitirá establecer en su territorio una institución financiera al inversionista de otra Parte que no sea propietario ni controle una institución financiera en territorio de esa Parte. Una Parte podrá:*

- (a) *exigir a un inversionista de otra Parte que constituya, conforme a la legislación de la Parte, cualquier institución financiera que establezca en territorio de la Parte; o*
- (b) *imponer, para dicho establecimiento, términos y condiciones que sean compatibles con el Artículo 1405, "Trato nacional".*

5. Para efectos de este artículo, "inversionista de otra Parte" significa un inversionista de otra Parte dedicado al negocio de prestar servicios financieros en territorio de esa Parte".

"Artículo 1405. Trato nacional

- 1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable del que otorga a sus propios inversionistas, en circunstancias similares, respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otras formas de enajenación de instituciones financieras e inversiones en instituciones financieras en su territorio.*
- 2. Cada una de las Partes otorgará a las instituciones financieras de otra Parte y a las inversiones de los inversionistas de otra Parte en instituciones financieras trato no menos favorable del que otorga a sus propias instituciones financieras y a las inversiones de sus propios inversionistas en instituciones financieras, en circunstancias similares, respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otras formas de enajenación de instituciones financieras e inversiones.*

3. *Conforme al Artículo 1404, "Comercio transfronterizo", cuando una Parte permita la prestación transfronteriza de un servicio financiero otorgará a prestadores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte trato no menos favorable del que otorga a sus propios prestadores de servicios financieros, en circunstancias similares, respecto a la prestación de tal servicio.*

4. *El trato que una Parte está obligada a otorgar conforme a los párrafos 1 a 3 significa, respecto a una medida de cualquier estado o provincia:*
 - (a) *en el caso de un inversionista de otra Parte con una inversión en una institución financiera, de una inversión de dicho inversionista en una institución financiera, o de una institución financiera de dicho inversionista ubicada en un estado o provincia, trato no menos favorable que el otorgado a un inversionista de la Parte en una institución financiera, a una inversión de dicho inversionista en una institución financiera, o a una institución financiera de dicho inversionista ubicada en ese estado o provincia, en circunstancias similares; y*

 - (b) *en cualquier otro caso, trato no menos favorable que el más favorable otorgado a un inversionista de la Parte en una institución financiera, a su institución financiera, o a su inversión en una institución financiera, en circunstancias similares.*

Para mayor certidumbre, en el caso de un inversionista de otra Parte con inversiones en instituciones financieras o en instituciones financieras de dicho inversionista ubicadas en más de un estado o provincia, el trato exigido conforme al inciso (a) significa:

- (c) *trato al inversionista que no sea menos favorable que el más favorable otorgado a un inversionista de la Parte con una inversión ubicada en dichos estados o provincias, en circunstancias similares; y*
- (d) *respecto a una inversión del inversionista en una institución financiera, o a una institución financiera de dicho inversionista ubicada en un estado o provincia, trato no menos favorable que el otorgado a una inversión de un inversionista de la Parte, o a una institución financiera de dicho inversionista ubicada en ese estado o provincia, en circunstancias similares.*
5. *El trato de una Parte a instituciones financieras y a prestadores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte, ya sea diferente o idéntico al otorgado a sus propias instituciones o prestadores de servicios en circunstancias similares, será congruente con los párrafos 1 a 3 si les confiere igualdad de oportunidades competitivas.*
6. *El trato de una Parte confiere igualdad de oportunidades competitivas siempre y cuando no afecte desventajosamente a las instituciones financieras ni a los prestadores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte en su capacidad para prestar servicios financieros, en comparación con la capacidad de las instituciones financieras y de los prestadores de servicios financieros de la Parte, para prestar tales servicios en circunstancias similares.*
7. *Las diferencias en participación de mercado, rentabilidad o tamaño, no constituyen por sí mismas una denegación de la*

igualdad de oportunidades competitivas, pero tales diferencias pueden ser utilizadas como un indicio sobre si el trato otorgado por una Parte confiere igualdad de oportunidades competitivas”.⁴⁹

Del análisis del artículo 13 de la LIC, así como el realizado al artículo 18 de LRAF en el presente trabajo, y ahora comparándolos con estos artículos del TLCAN se puede decir que de los diferentes procesos que se han venido dando para ordenar los cuerpos legislativos en esta materia el gran cambio precisamente viene en las negociaciones encaminadas al TLCAN, donde el capítulo financiero fue uno de los temas más debatidos, se buscaba desde los inicios de las mismas que hubiera una apertura en los bancos, entonces, es ahí donde se establece. Al analizar el proceso de las negociaciones del TLCAN, es en éstas donde se logra en dos sentidos, se permite la inversión extranjera en lo que se llaman instituciones filiales, que primero no se abre para bancos, pero sí se permite que existan instituciones financieras filiales, y ahí no hay limitación en cuanto al tipo de capital de estas instituciones. Al analizar la limitación a la que nos referimos, misma que se encuentra en el capítulo general y no en el capítulo de filiales. Es precisamente en esta limitación en donde se esgrime uno de los argumentos que la SHCP y otros expertos mantienen en afirmar que hay una legislación de excepción para las filiales de bancos extranjeros, que no tienen por qué estar afectadas por el artículo 13 de la LIC. Si es filial, está sujeta a esta legislación que deriva del TLCAN y no tiene nada que ver con las disposiciones generales de la LIC.

49

[Http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2010/CDTratados/pdf/M515.html](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2010/CDTratados/pdf/M515.html)

El siguiente apartado clarifica aún más el contenido de los artículos citados y su función.

5.4 Anexo VII Lista de México: Sección A

Finalmente, vinculados a los artículos transcritos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, resulta aplicable el Anexo VII, en lo relativo a las *“Reservas, compromisos específicos y otros”* y ese mismo anexo en lo concerniente a la *“Lista de México: Sección A”*, únicamente en cuando a las medidas que guardan relación con el presente caso; todo lo cual se transcribe a continuación:

“Anexo VII: Reservas, compromisos específicos y otros

1. La Sección A de la lista de una Parte señala las reservas formuladas por esa Parte, conforme con el Artículo 1409(1), “Servicios financieros”, respecto a las medidas que no estén conformes con las obligaciones estipuladas por:

a. el Artículo 1403, “Derecho de establecimiento de instituciones financieras”;

b. el Artículo 1404, “Comercio transfronterizo”;

c. el Artículo 1405, “Trato nacional”;

d. el Artículo 1406, “Trato de nación más favorecida”;

e. el Artículo 1407, “Nuevos servicios financieros y procesamiento de datos”; o

f. el Artículo 1408, “Altos ejecutivos y consejos de administración”.

2. Cada reserva en la Sección A destaca los siguientes elementos:

a. Sector se refiere al sector en general en que se formula la reserva;

b. Subsector se refiere al sector específico en que se formula la reserva;

c. Clasificación Industrial se refiere, cuando sea aplicable, a la actividad cubierta por la reserva conforme a los códigos de clasificación industrial nacionales;

d. Tipo de Reserva estipula la obligación señalada en el párrafo 1 por la cual se adoptó la reserva;

e. Nivel de Gobierno indica el nivel de gobierno que mantiene la medida por la cual se adoptó la reserva;

f. Medidas indica las leyes, reglamentaciones u otras medidas, según las califica el elemento Descripción, por las cuales se adoptó la reserva. Una medida citada en el elemento Medidas

i. significa la medida con sus modificaciones, continuada o renovada a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, e

ii. incluye cualquier medida subordinada adoptada o mantenida conforme la autoridad de la medida y compatible con ella;

g. Descripción muestra las referencias, en caso de que las haya, para la liberalización en la fecha de entrada en vigor de este Tratado de conformidad con otras secciones de la lista de una Parte en el anexo, y los restantes aspectos disconformes de las medidas vigentes en vista de las cuales se adoptó la reserva;
y

h. Eliminación Gradual se refiere a los compromisos, si los hay, para la liberalización después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

3. Al interpretar una reserva, todos sus elementos serán tomados en cuenta. Una reserva será interpretada a la luz de las

disposiciones pertinentes del capítulo que han sido objeto de la reserva, en la medida en que:

a. el elemento de Eliminación Gradual establezca la eliminación gradual de los aspectos disconformes de las medidas; este elemento prevalecerá sobre todos los demás;

b. el elemento Medidas sea calificado por una referencia específica en el elemento Descripción; al ser calificado de esta manera, prevalecerá sobre todos los demás; y

c. el elemento Medidas no haya sido calificado, prevalecerá sobre todos los demás a menos que cualquier discrepancia entre este elemento y todos los demás considerados en su totalidad sea a tal grado sustancial y significativo que no sería razonable concluir que el elemento Medidas debiera prevalecer, en cuyo caso los otros elementos prevalecerán en la medida de la discrepancia.

4. La Sección B de la lista de una Parte señala las reservas formuladas por una Parte, de conformidad con el Artículo 1409(2), respecto a las medidas que la Parte podrá adoptar o mantener, las cuales no estén conformes con las obligaciones estipuladas por los Artículos 1403, 1404, 1405, 1406, 1407 o 1408.

5. La Sección C de la lista de una Parte dispone los compromisos para liberalizar las medidas tomadas por esa Parte de conformidad con el artículo 1409(3).

6. Para efectos de este anexo:

CMAF significa números de la Clasificación Mexicana de Actividades y Productos (CMAF) contenidos en: Clasificación Mexicana de Actividades y Productos, 1988 del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática;

CPC significa números de la Central Product Classification (CPC) contenidos en: Statistical Office of the United Nations,

Statistical Papers, Series M, No.77, Provisional Central Product Classification, 1991; y

SIC significa:

a. respecto a Canadá, números de la Standard Industrial Classification (SIC) contenidos en: Statistics Canada, Standard Industrial Classification, cuarta edición, 1980; y

b. respecto a Estados Unidos, números de la Standard Industrial Classification (SIC) contenidos en: United States Office of Management and Budget, Standard Industrial Classification Manual, 1987".⁵⁰

**Anexo VII Lista de México: Sección A
(1ª RESERVA RELACIONADA AL CASO)**

Sector:	Servicios financieros
Subsector:	Sociedades controladoras. Casa de bolsa Especialistas bursátiles Almacenes generales de depósito Arrendadoras financieras Empresas de factoraje financiero Sociedades de ahorro y préstamo Sociedades operadoras de sociedades de inversión Sociedades de inversión Instituciones de fianzas Instituciones de seguros
Clasificación Industrial:	Sociedades controladoras (no aplicable) CMAP 812001 Casas de bolsa Especialistas bursátiles (no aplicable) CMAP 811042 Almacenes generales

⁵⁰

	<p>de depósito</p> <p>CMAP 811043 Arrendadoras financieras</p> <p>Empresas de factoraje financiero (no aplicable)</p> <p>Sociedades de ahorro y préstamo (no aplicable)</p> <p>CMAP 812003 Sociedades operadoras de sociedades de inversión</p> <p>CMAP 812002 Sociedades de inversión</p> <p>CMAP 813001 Instituciones de fianzas</p> <p>CMAP 813002 Instituciones de seguros</p>
Tipo de Reserva:	Artículos 1403, 1405, "Derecho de establecimiento de instituciones financieras", "Trato nacional"
Nivel de Gobierno:	Federal
Medidas:	<p><i>Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Artículo 18</i></p> <p><i>Ley del Mercado de Valores, Artículo 17-II</i></p> <p><i>Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Artículos 8-III-1 y 38-G</i></p> <p><i>Ley de Sociedades de Inversión Artículos 9-III y 29-VI</i></p> <p><i>Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Artículo 15-XIII</i></p> <p><i>Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Artículo 29-I</i></p>
Descripción:	<u>Los gobiernos extranjeros y las</u>

	<p><u>empresas estatales extranjeras no pueden invertir, directa o indirectamente, en sociedades controladoras, casas de bolsa, especialistas bursátiles, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades operadoras de sociedades de inversión, sociedades de inversión, instituciones de fianzas o instituciones de seguros.</u></p>
<p>Eliminación Gradual:</p>	<p>Ninguna</p>

(2ª RESERVA RELACIONADA AL CASO)

Sector:	<i>Servicios financieros</i>
Subsector:	<i>Instituciones de banca múltiple</i>
Clasificación Industrial:	<i>CMAP 811030 Instituciones de banca múltiple</i>
Tipo de Reserva:	<i>Artículos 1403, 1405, "Derecho de establecimiento de instituciones financieras", "Trato nacional"</i>
Nivel de Gobierno:	<i>Federal</i>
Medidas:	<i>Ley de Instituciones de Crédito, Artículo 13</i>
Descripción:	<i><u>Las entidades extranjeras que ejerzan funciones de autoridad gubernamental no pueden invertir, directa o indirectamente, en instituciones de banca múltiple.</u></i>

Los cuadros anteriores ayudan a entender mejor que en el caso particular del TLCAN, el preámbulo del Anexo VII, antes transcrito, establece cual será el contenido de las reservas e incluso la forma como éstas deben interpretarse. Lo anterior resulta muy útil a efecto de entender la verdadera naturaleza de las reservas.

En ese sentido, el párrafo 2 de dicho preámbulo establece que cada reserva deberá contener la “medida” o fundamento legal que le da origen. Es decir, por “medidas” se entienden las leyes u otras disposiciones por las cuales se adoptó la reserva correspondiente en el momento de suscripción del tratado.

Asimismo, es importante destacar que, conforme al propio tratado, el elemento “medida” no es un término estático, sino que se va modificando conforme evoluciona la disposición interna que le da origen, en el régimen legal del país correspondiente. En efecto el inciso (ii) de dicho párrafo 2 establece que:

(f) Medidas indica las leyes, reglamentaciones u otras medidas, según las califica el elemento Descripción, por las cuales se adoptó la reserva. Una medida citada en el elemento Medidas (i) significa la medida con sus modificaciones, continuada o renovada a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, e (ii) incluye cualquier medida subordinada adoptada o mantenida conforme la autoridad de la medida y compatible con ella.

Ahora bien, en el Anexo VII mencionado, en la Sección A de México, existen dos reservas que resultan relevantes para el estudio del caso concreto respecto de la prohibición a la participación de gobiernos extranjeros en el capital social de entidades financieras:

Sector:	Servicios financieros
Subsector:	Sociedades controladoras...
Clasificación Industrial:	Sociedades controladoras (no aplicable) ...
Tipo de Reserva:	Artículos 1403, 1405, "Derecho de establecimiento de instituciones financieras", "Trato nacional"
Nivel de Gobierno:	Federal
Medidas:	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Artículo 18 ...
Descripción:	Los gobiernos extranjeros y las empresas estatales extranjeras no pueden invertir, directa o indirectamente, en sociedades controladoras
Eliminación Gradual:	Ninguna

Sector:	Servicios financieros
Subsector:	Instituciones de banca múltiple
Clasificación Industrial:	CMAP 811030 Instituciones de banca múltiple
Tipo de Reserva:	Artículos 1403, 1405, "Derecho de establecimiento de instituciones financieras", "Trato nacional"
Nivel de Gobierno:	Federal
Medidas:	Ley de Instituciones de Crédito, Artículo 13
Descripción:	Las entidades extranjeras que ejerzan funciones de autoridad gubernamental no pueden invertir, directa o indirectamente, en instituciones de banca múltiple.
Eliminación Gradual:	Ninguna

Para comprender el alcance de estas reservas es necesario, de conformidad con el mencionado concepto de “medida” y el método de interpretación de reservas descrito, analizar la evolución de la norma que les da origen, es

decir las reformas que han ido sufriendo los artículos 13 de la LIC y 18 de la LRAF.

Conforme a lo anterior, en el grado en el que una Parte del TLCAN flexibilice o elimine determinada “medida” en su legislación interna, lo hará también respecto de la reserva correspondiente. En efecto, la reserva debe interpretarse en términos de la redacción vigente de la medida o restricción legal que le dio origen (en este caso, los artículos correspondientes de la LIC y de la LRAF).

En este sentido, si originalmente la prohibición legal o la “medida” se refería tanto a la participación directa como indirecta por parte de gobiernos extranjeros y actualmente, como pretende la SHCP sólo se refiere a participación directa, resulta claro que tanto el contenido como el alcance de la reserva se ha limitado en la misma proporción. Además, y como también pretende acreditar la SHCP, dicha prohibición no es aplicable a la participación en acciones serie “F” de las filiales de Instituciones Financieras del Exterior.

En tal virtud, si la medida de origen fue superada, la reserva sigue la misma suerte, por lo cual se concluye que al no ser aplicable la prohibición prevista en la Ley al caso concreto, tampoco lo será la reserva que refleja dicha restricción en el tratado.

Como se puede ver en lo antes descrito el TLCAN es muy interpretable, no es específico, por lo que es difícil aceptar que hay argumentos suficientes para decir que se contraviene el Tratado, el TLCAN cuenta con apartados específicos, cláusulas de escape, de reservas, por lo que la lógica jurídica que está detrás del TLCAN no queda violada⁵¹.

⁵¹ Información obtenida en la entrevista con el Dr. José Antonio Lozano, junio de 2009

5.5 El principio de especialidad ¿es aplicable?

Al inicio de este capítulo se hizo referencia a la supremacía de los Tratados Internacionales sobre las Leyes Generales tal como lo establece el criterio de la SCJN. Como ya se estudió éste también es un argumento que la misma SHCP esgrimió para justificar lo expresado en su comunicado de prensa, al consultarlo con los expertos esclarecieron que es precisamente esa aseveración que comenté líneas arriba acerca de que hay una legislación de excepción para las filiales de bancos extranjeros, que no tienen por qué estar afectadas por el artículo 13 de la LIC. Sí es filial, está sujeta a esta legislación que deriva del TLCAN y no tiene que nada que ver con las disposiciones generales de la LIC.

En mi opinión son ámbitos materiales de validez diferentes por tanto no hay superioridad del tratado sobre la ley.

Capítulo VI.- Controversia Constitucional

Con el fin de continuar con el análisis del tema que ocupa el presente estudio en los hechos, con fecha 13 de octubre de 2009 se aprobó por el Pleno de la Cámara de Senadores un punto por el que se acuerda que el Presidente de la Mesa Directiva interponga controversia constitucional ante la SCJN para la definición de la situación jurídica de las instituciones financieras. Admitida a trámite mediante acuerdo de fecha 05 de noviembre de 2009, dictado por el Ministro Instructor Juan N. Silva Meza. A continuación analizaremos brevemente lo relacionado a este tema.

A continuación hacemos un resumen del contenido del recurso interpuesto por la Cámara de Senadores:

6.1 Sumario

“Controversia Constitucional

“Fundamento: *Artículo 105, fracción I, inciso c) de la Constitución y artículo 1, fracciones I, II de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II, del artículo 105 de la Constitución.*

“Actor: *Cámara de Senadores del Congreso de la Unión representada por Carlos Navarrete Ruiz como Presidente de su Mesa Directiva.*

“Demandado: *Presidente de la República, Secretario de Hacienda y Crédito Público, Comisión Nacional Bancaria de Valores, Banco de México.*

“Tercero Interesado: *Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.*

“Plazo de interposición: 30 días hábiles a partir del día en que se tenga conocimiento del hecho, el oficio de respuesta fue notificado el día 22 de septiembre de 2009, y por cuanto hace a las omisiones el término se actualiza día a día.

Actos cuya invalidez se demanda:

a.- Comunicado de prensa 012/2009, emitido por la Dirección de Información de la SHCP de fecha 19 de marzo de 2009.

b.- Oficio No. 102-B-152 suscrito por el Subsecretario de Hacienda de fecha 21 de septiembre de 2009.

c.- Omisiones por parte de la CNBV y de B. de M.

Hechos:

1.- El 17 de mayo de 2001 GF Banamex Accival y Citigroup integraron sus operaciones y surge GF Banamex.

2.- Citigroup ha sido beneficiado del paquete de rescate bancario lo que implicó aportación de recursos financieros del Gobierno de los EU a Citigroup.

3.- El capital social de GF Banamex cuenta ahora con capital del gobierno norteamericano, situación en la que se encuentran otros grupos financieros que operan en México.

4.- El 19 de marzo de 2009 la SHCP por conducto de su Dirección de Información emitió el comunicado de prensa 012/2009 mismo que ya se transcribió en el capítulo correspondiente.

5.- El 26 de marzo de 2009 se aprobó por el pleno de la Cámara de Senadores un punto de acuerdo en el que se solicitó al Ejecutivo Federal a través de la SHCP, informe si la interpretación contenida en el comunicado de prensa 012/2009 de fecha 19 de marzo de 2009, era la interpretación oficial.

6.- Con fecha 22 de septiembre de 2009 la Secretaría de Gobernación adjuntó oficio No. 102-B-152 suscrito por el Subsecretario de Hacienda de fecha 21 de septiembre de 2009, por el que se confirma que se trata de la postura oficial.

7.- Con fecha 30 de octubre el Presidente de la Cámara de Senadores envió oficio al SHCP solicitando diversa información sin que a la fecha se obtuviera respuesta.

8.- Con fecha 13 de octubre de 2009 se aprobó por el Pleno de la Cámara de Senadores un punto por el que se acuerda que el Presidente de la Mesa Directiva interponga controversia constitucional ante la SCJN para la definición de la situación jurídica de las instituciones financieras.”⁵²

6.2 Definición de Controversia Constitucional

Una controversia Constitucional es⁵³ un proceso de control de la regularidad de las normas que componen nuestro orden jurídico. Mediante este proceso la SCJN, único órgano competente para conocer de ellos, debe establecer si las normas o actos impugnados son o no son regulares en relación con lo establecido en otra norma jurídica.

⁵² Escrito de Contestación a la Demanda de Controversia Constitucional 106/2009, dirigido a la SCJN el 7 de enero de 2010 por parte de la SHCP.

⁵³ Cfr. COSSÍO, José Ramón, PÉREZ DE HACHA, Luis M. *La Defensa de la Constitución*. Editorial Fontamara. 2006. Pág. 67

Considero que es muy importante que la Suprema Corte tenga conocimiento del caso, y ayude a esclarecer con su fallo la interpretación que hace la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de las normas en cuestión, creo que más allá de ello la función de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaría traspasando sus funciones.

Para efectos del presente trabajo es preciso reflexionar sobre las razones que hasta nuestros días mantienen vigente la pertinencia del principio de división de poderes. La división de poderes es el mecanismo que garantiza el equilibrio entre poderes; esto es, el poder frenado a través del poder mismo; principio que se materializa mediante la prohibición de que en un mismo órgano se concentren las funciones fundamentales del Estado, o bien, un órgano se arrogue las funciones exclusivas de otro.

Ahora bien, con el fin de salvaguardar el esquema constitucional de división de poderes, es indispensable no sólo el reparto de funciones, sino también que cada poder cuente con las atribuciones necesarias para ejercer sus respectivas funciones, con el fin de garantizar su autonomía.

En efecto, una parte fundamental del principio de división de poderes radica en el hecho de que cada uno de los poderes tenga la capacidad y herramientas necesarias para ejercer sus funciones y facultades constitucionales de manera independiente y autónoma, por sí mismos y sin necesidad de la intervención, asistencia o colaboración de otro Poder. De lo contrario, se rompería el equilibrio entre poderes, al estar sujeto un poder a otro.

En esta tesitura, es menester precisar en qué consiste cada una de las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial, que el Constituyente mexicano de 1917 distribuyó en tres órganos originarios distintos.

6.3 Función Legislativa

Esta función, encomendada al Congreso, se caracteriza en términos generales por ser una actividad creadora del derecho positivo del Estado, que consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos y la organización social y política. El acto característico de la función legislativa es la ley, que puede definirse como una manifestación de voluntad que tiene por finalidad producir una situación jurídica general.

6.4 Función Ejecutiva

Don Andrés Serra Rojas nos explica sobre la función ejecutiva:

Esta facultad, atribuida al Presidente de la República, es la función típica administrativa que la doctrina y la legislación asignan, por regla general, al Poder Ejecutivo Federal.

El artículo 89 de la Constitución Política señala la competencia general de este órgano. La función administrativa se caracteriza en general por ser una función del Estado subordinada a la ley, que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

La función administrativa no supone un conflicto preexistente, ni resuelve controversias. Los límites de los efectos concretos —individuales y particulares de la función administrativa—, conjugan la ley y la voluntad del funcionario.⁵⁴

⁵⁴ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del Estado*, 17^a. ed., Ed. Porrúa, México, 2005. p. 377.

Es de particular importancia subrayar que la función administrativa implica, además, la realización de todos los actos materiales como antecedentes del acto jurídico o como medios necesarios que hacen posible el cumplimiento de la ejecución de la ley.⁵⁵

6.5 *Función Jurisdiccional*

Sobre la función jurisdiccional nos dice el mismo autor:

Finalmente, la función jurisdiccional le corresponde al Poder Judicial de la Federación. Constituye una actividad del Estado subordinada al orden jurídico, atributiva, constitutiva o productora de derechos, en los conflictos concretos o particulares que se le someten para comprobar la violación de una regla de derecho o de una situación de hecho y adoptar la solución adecuada.⁵⁶

La finalidad del acto jurisdiccional es declarar el derecho en los casos controvertidos o de conflictos que son de su competencia. Es una actividad de ejecución de la ley hecha por el Poder Judicial, pero que responde a motivos, efectos y fines diversos de los fines administrativos.⁵⁷

En todo acto jurisdiccional estamos en presencia de un conflicto de intereses, que amerita la intervención judicial para mantener o declarar el derecho o la naturaleza del derecho controvertido.

Ahora bien, una vez realizado un repaso *grosso modo* de la distribución de funciones realizada bajo el régimen de división de poderes en México,

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Ibidem.* p. 379

⁵⁷ *Idem.*

corresponde ahora abundar sobre las facultades primarias del Poder Ejecutivo.

La Constitución Federal señala en su artículo 89, fracción I:

Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

De esta disposición se deducen tres facultades primarias del Ejecutivo Federal: la promulgación de leyes, la ejecución de leyes, y la reglamentaria.

Tanto la facultad de promulgación como la reglamentaria han sido estudiadas ampliamente por la dogmática jurídica; sin embargo, la facultad de ejecución de leyes, no obstante ser la facultad exclusiva por excelencia del Poder Ejecutivo, paradójicamente es la menos explorada y estudiada. Es a la que los estudiosos del derecho y de la teoría política le han dedicado menos líneas, ello quizá, por tener un contenido evidente.

6.6 Facultad de ejecutar las leyes

Ejecutar las leyes es sinónimo de aplicarlas. Es la operación mediante la cual el mandato general y abstracto emitido por el órgano legislativo se vuelve real y concreto respecto de un sujeto o grupo de sujetos en particular. Las proposiciones normativas emitidas por el legislador solamente pueden encauzar conductas y calificar los hechos que suceden en una sociedad a través de su aplicación efectiva. Esto es, sólo puede

tener lugar la eficacia normativa si, por principio de cuentas, hay ejecución de las normas.

La ejecución de leyes conlleva un proceso intelectual que implica la transformación de un supuesto hipotético, establecido por el legislador, para su aplicación en una situación concreta. En este sentido, la ejecución de leyes si bien pudiera considerarse a primera vista como una operación automática.

En efecto, la ejecución de leyes de ninguna manera puede considerarse como una actividad automática. Roldán Xopa señala al respecto:

En el Estado de Derecho, la administración está sujeta al ordenamiento, eso es ya un postulado consolidado culturalmente. No obstante, el ordenamiento no configura una administración automática que obedece o ejecuta instrucciones [...] La actuación, como ya se ha dicho comprende aspectos de sujeción positiva, incluso negativa a la ley. Pero también comprende ámbitos de adecuación y de decisión propia de la administración. La flexibilidad y adaptabilidad de la actuación al entuerto que se presenta es inevitable. Así pues, la discrecionalidad es condición de existencia en el hábitat de actuación en derecho administrativo⁵⁸

Así, la ejecución de leyes no es un acto maquinal, sino que implica necesariamente, como paso previo, el ejercicio no menos complicado de la interpretación jurídica.

⁵⁸ ROLDAN XOPA, José.- *Derecho Administrativo*.- 1ª. Ed.- Oxford University Press.- México 2008. pp 273-274.

Por tanto lo que debe estar a discusión en este caso es sí un órgano o entidad afecta a otro órgano, poder o entidad, esto es lo que se espera que la SCJN deje dilucidado en su resolución.

Capítulo VII.- Consideraciones Finales.

De lo que se desprende por lo expresado por cada uno de los expertos que fueron entrevistados para lograr el presente trabajo, podemos también concluir que a pesar de ser un tema que en la Ley, tanto en la de Instituciones de Crédito como en la de Agrupaciones Financieras, es un asunto que literalmente no deja lugar a dudas, es cierto también que al tener importante peso político, no solo por tratarse de uno de los principales consorcios financieros del país y/o por que quién salió al rescate del mismo fue ni más ni menos que el gobierno de los Estados Unidos de América, en un momento en que en esta actualidad globalizada se puso en la balanza a todo el mundo financiero y por tanto a las leyes que lo soportan. Es cierto que la legislación requiere una renovación que tenga una visión que fortalezca a la nación en esta época de la inmediatez y de la, a veces, total dependencia de los capitales foráneos en las principales ramas del la economía de las naciones. Por esto considero que no es necesario hacer modificaciones en la Constitución y sí fortalecer tanto la LIC como LRAF, con base en esta modificación en la legislación que no deje lugar a dudas de lo que se pretende. Por un lado dar certidumbre a todo el sistema financiero del país y por el otro prever, hasta donde sea posible, las crisis económicas que puedan afectar a nuestras instituciones como sucedió en el caso de Banamex.

Quizá lo más prudente sea el establecer un mayor control como lo proponen, el Lic. Jaime Cortés Rocha, el Lic. Fernando Borja y el Lic. Gaxiola, sobre los inversionistas y desechar la propuesta que hace la SHCP en su comunicado de prensa.

Lo cierto es que si abundamos en cuanto a los criterios de la interpretación jurídica, la tarea que tiene la SCJN es por demás complicada, ya que la interpretación jurídica constituye un elemento *sine*

qua non dentro del procedimiento de aplicación del orden jurídico. Es una “operación jurídica básica” y se resume como el desentrañar el sentido de una norma.⁵⁹ La interpretación normativa es un acto consustancial a la aplicación de las normas.

Como ha quedado señalado, el Poder Legislativo emite mandatos generales y abstractos destinados a su ejecución por parte del Poder Ejecutivo. Ello implica que, para su concreción y para efecto de que estos mandatos cobren eficacia, debe llevarse a cabo el proceso antes citado de interpretación y aplicación normativa, el cual de ninguna manera es automático.

Así lo ha reconocido ese Alto Tribunal al pronunciarse respecto de la facultad para interpretar leyes financieras, al señalar que “la interpretación de la Ley es una labor que debe realizar cualquier sujeto encargado de aplicarla, especialmente los órganos administrativos auxiliares del Ejecutivo Federal conforme a lo dispuesto por los artículos 89, fracción I y 90 constitucionales, quienes previamente a la operación de subsunción de un supuesto de hecho en la hipótesis legal, deben precisar el significado de la norma”.⁶⁰

Este proceso de interpretación, al carecer de sentido mecánico, es susceptible de producir resultados diversos dependiendo de distintos factores que inciden en él. Entre estos factores se encuentran problemas como las relaciones entre pertenencia y aplicabilidad, aplicabilidad y

⁵⁹ CARBONELL, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, Fontamara, México, 2009, p. 148.

⁶⁰ INSTITUCIONES DE CRÉDITO, LEY DE. EL ARTICULO 5o. QUE AUTORIZA LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DE SUS NORMAS, NO VIOLA LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 94 CONSTITUCIONAL. (Tesis de jurisprudencia, No. P. VIII/1994, Pleno de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, 74, febrero de 1994, página 30).

eficacia, el papel del sujeto que la realiza, así como factores relacionados con la circunstancia y momento de su interpretación/aplicación.

Al igual que la aplicación materialmente jurisdiccional que llevan a cabo los órganos formalmente judiciales, la aplicación por parte del Poder Ejecutivo está permeada por diversos elementos subjetivos, más no arbitrarios, en el sentido siguiente, señalado por Cossío y Schmill:

...lo relevante será identificar las conductas que tengan carácter normativo a efecto de otorgarles posteriormente su sentido jurídico. Ya que tal sentido deberá ser establecido por los hombres que en un determinado momento ocupen la titularidad de un órgano, resulta factible concluir afirmando, primero, que las normas vienen a ser “marcos de una pluralidad de significaciones posibles” y que, como consecuencia de ello, en segundo lugar, son los órganos mencionados lo que habrán de conferirle sentido a las normas. Si entendemos que las interpretaciones normativas no provienen de las propias normas a interpretar, si puede decirse así, resulta clara e ilustrativa la idea de Kelsen en cuanto a que la norma superior es un marco de una pluralidad de significaciones posibles.⁶¹

Esta pluralidad de resultados posibles del proceso de interpretación/aplicación, dependiente de los elementos que en cada caso considera el aplicador para determinar la actualización del supuesto jurídico examinado, puede agruparse de manera general en uno de los dos siguientes resultados: a) la aplicación negativa, que es cuando, como resultado del proceso de interpretación el aplicador concluye que los

⁶¹ SCHMILL, Ulises, *Teoría del derecho y del Estado*, 1a. ed., Ed. Porrúa, México 2003, p. 207.

hechos o conductas presentados no surten el supuesto normativo y por ende no ha lugar a atribuir consecuencia jurídica alguna, y b) la aplicación positiva, cuando la interpretación del aplicador concluye en el acreditamiento del supuesto jurídico y por tanto procede a atribuir la consecuencia normativa que considere correspondiente al caso concreto, conforme al marco normativo.

Asimismo, como lo observamos en su momento en el apartado sobre el análisis al artículo 13 de la LIC y como lo comentaron los entrevistados, es de resaltar que el maestro De La Fuente Rodríguez en su libro *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de Motivos, Disposiciones de la SHCP; BANXICO, CNV y ABM*, hace hincapié en que el multicitado artículo tiene principalmente el fin de proteger nuestra soberanía nacional.

No fue sino hasta principios de la década de los noventa, posterior a la publicación de diversas leyes financieras, que se implementó un cambio de fondo en la historia moderna de nuestro país, que permitió la inversión extranjera en entidades financieras en México. De acuerdo con lo señalado por el maestro Acosta Romero “La política del gobierno mexicano en materia de bancos extranjeros ha tenido a partir de 1990 un cambio que podríamos clasificar de ciento ochenta grados. De 1917 a 1990 se sostuvo que sólo los mexicanos podían tener concesiones o autorizaciones para operar bancos e intermediarios financieros en México...”⁶²

En efecto, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, se permitió por vez primera que inversionistas extranjeros pudieran adquirir hasta un 30% de la totalidad de las acciones representativas del capital social de instituciones de banca

⁶² ACOSTA ROMERO, Miguel; *Op. Cit.* Pág. 732.

múltiple y de sociedades controladoras de grupos financieros o sociedades controladoras.

Para regular esta participación extranjera, el legislador optó por establecer distintas series de acciones que representan el capital social de las instituciones mencionadas. Históricamente, el uso de series accionarias en el marco jurídico es de utilidad para diferenciar entre acciones que son susceptibles de ser adquiridas por personas extranjeras, de aquellas que sólo pueden ser adquiridas por nacionales. Como ya se apreció, el conocimiento de estas distintas series de acciones es decisivo para entender cómo aplican las normas prohibitivas en el caso del presente estudio.

Congruentemente con lo anterior, también evolucionó la redacción de los textos legales que preveían limitaciones o prohibiciones a la participación del capital extranjero o de las personas morales que ejercieran funciones de autoridad. Este aspecto también fue fundamental durante el desarrollo de esta tesis para entender la importancia de distinguir la participación accionaria directa de la indirecta en los grupos e instituciones financieras.

En este tenor Francisco Borja Martínez nos dice “Esta legislación: mantiene el carácter de instituciones de derecho público y prevé la transformación de los bancos comerciales en empresas de derecho privado; instituye nuevos regímenes concernientes al capital y a la administración de los citados bancos comerciales; actualiza el orden normativo aplicable a las operaciones de estos últimos, y permite avances de consideración hacia la intermediación universal mediante la integración de agrupamientos financieros compuestos por distintos tipos de

intermediarios”⁶³, lo que es un signo inequívoco de que en la época se consideraba el inicio del “nuevo sistema financiero mexicano”.

Sin duda alguna, un parteaguas en esta evolución lo fue la suscripción, el 17 de diciembre de 1992, del TLCAN, por los Estados Unidos Mexicanos, Canadá y los Estados Unidos de América, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1994.

Ante el compromiso de los tres países signatarios de una mayor apertura a la inversión extranjera en el sector financiero, dicho tratado sentó las bases conforme a las cuales se permitiría, por primera vez en México, el establecimiento de “filiales” de Instituciones Financieras del Exterior.

Para cumplir con dicho compromiso, en México fue necesario reformar, entre otras leyes, la LRAF y la LIC, para incluir un capítulo especial que regulara la creación, funcionamiento, operación y supervisión de las entidades financieras filiales.

Como ya se dijo con anterioridad hasta ahora nunca se había presentado una situación en la que la mayoría de las instituciones financieras de las economías más desarrolladas se encontrasen al borde del colapso. Esta crisis afectó, de una manera u otra, prácticamente a todos los países.

Ante el riesgo de una crisis sistémica en el sistema financiero global, una de las respuestas de los diferentes gobiernos fue la inyección de capital a sus instituciones financieras. La lógica de esta medida es que si el problema es que los activos de las instituciones han decrecido en su valor,

⁶³ BORJA MARTÍNEZ, Francisco, *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp 11-12.

lo que procede es aportar capital fresco adicional que compense esa erosión de valor y robustecer la solvencia de las instituciones afectadas.

Ahora bien, los mecanismos empleados por los gobiernos extranjeros han variado, e inclusive, un mismo gobierno ha aplicado diversos. Para efectos del presente trabajo es conveniente resaltar que han existido apoyos a través de créditos subordinados y a través de capital. Los créditos subordinados fueron una primera forma de apoyo y consistían en la inyección de recursos que tenían una prelación muy baja en caso de insolvencia de la institución apoyada, pero que conferían el derecho a recuperar el principal e intereses. En muchos casos, estos créditos subordinados tenían la opción de ser convertibles en acciones comunes y fue a través de este mecanismo como algunos gobiernos extranjeros resultaron accionistas de las instituciones receptoras de los apoyos financieros en esos países.

Al ser los créditos subordinados un pasivo para la institución apoyada, se logró solucionar de manera temporal el problema de falta de liquidez que las aquejaba. Sin embargo, los niveles de capitalización y de solvencia no mejoraron drásticamente, por lo que en algunos casos se requirió la conversión de estos créditos subordinados en acciones para así recapitalizar a los bancos y generar una condición financiera más robusta desde el punto de vista contable y regulatorio. Con el fin de aclarar esto a continuación presento un comparativo de lo sucedido en estos casos en diferentes países.

- **Estados Unidos de América.** El programa de capitalización implementado por los Estados Unidos de América es conocido como el *Troubled Assets Relief Program* (Programa de Saneamiento de Activos Deteriorados, o *TARP*). Este programa originalmente consistía en el otorgamiento de financiamientos subordinados por parte del

Departamento del Tesoro a cambio de valores híbridos emitidos por los bancos que requerían ser capitalizados. Dichos valores se asemejaban a las obligaciones subordinadas previstas en la legislación nacional; actualmente el programa incluye diversas clases de apoyos financieros por parte del Departamento del Tesoro a cambio de la suscripción de acciones preferentes y de acciones comunes por los bancos apoyados.

- **Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.** Se implementó el Plan para la Protección de Activos (*Asset Protection Scheme*) cuyo objetivo principal es proveer protección a aquellos activos que se encuentren en el balance de una institución financiera en donde haya un mayor grado de incertidumbre respecto del futuro desempeño de los mismos. La tesorería de la Gran Bretaña, a cambio de una cuota o comisión, provee a las instituciones protección en contra de pérdidas crediticias. La cuota o comisión podrá ser pagada en efectivo, pero generalmente será cubierta por la emisión de instrumentos de inversión por parte de la institución apoyada. Estos instrumentos pueden incluir diversas alternativas de instrumentos de capital, pero en ningún caso se espera incluir acciones ordinarias con derecho a voto es importante aclarar que existe un caso aislado del Royal Bank of Scotland Group, en donde el Gobierno de la Gran Bretaña adquirió el 75% de las acciones comunes de la sociedad controladora. The Royal Bank of Scotland Group es accionista mayoritario de The Royal Bank of Scotland México que es un grupo financiero constituido conforme a la legislación nacional. Sin embargo, el gobierno de la Gran Bretaña renunció a ejercer sus derechos de voto respecto de estas acciones y sólo designará a tres consejeros independientes. Es decir, esta institución no se encuentra bajo el control corporativo del Gobierno de la Gran Bretaña.

- **Países Bajos.** No ha implementado un programa generalizado, pero sí han existido apoyos financieros otorgados por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central Holandés a ciertas instituciones financieras holandesas con subsidiarias en México. Los instrumentos de apoyo son tanto financiamientos, como instrumentos híbridos de capital, en los que los derechos corporativos se encuentran restringidos.

- **Confederación Helvética.** El gobierno y el banco central de Suiza han proporcionado apoyos de capital a través de financiamiento y obligaciones subordinadas convertibles en acciones a algunas instituciones. Una vez que las obligaciones sean convertidas, las acciones resultantes no representarán el control de la institución, ya que la tenencia por parte del gobierno no supera el 10% del total del capital social y los derechos de voto se encontrarán restringidos en función de su grado de participación en el capital social de las instituciones receptoras.

- **Reino de España.** La intervención ha consistido en la creación de un Fondo para la Adquisición de Activos Financieros con el fin de apoyar la oferta de crédito a la actividad productiva de empresas y a los particulares. Adicionalmente, se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (con una financiación mixta a cargo de los presupuestos generales del Estado y de las aportaciones de los fondos de garantía de depósito en establecimientos bancarios y el referido Fondo) cuyos objetivos principales son gestionar los procesos de reestructuración de entidades de crédito y contribuir a reforzar sus recursos propios en los procesos de integración. El gobierno español, a través del citado Fondo, podría resultar accionista de las entidades de crédito al adquirir títulos emitidos por ellas.

En el contexto anterior, puedo decir que en mi opinión estos programas de apoyo no vulneran los artículos 13 de la LIC y 18 de la LRAF, que prevén el impedimento para que personas morales que ejercen funciones de autoridad participen en el capital social de las instituciones de banca múltiple y de las sociedades controladoras mexicanas, respectivamente, pero por eso es necesario hacer las modificaciones en la legislación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En opinión del sustentante el comunicado de prensa que emitió la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), el 19 de marzo de 2009, titulado, “Implicaciones de los Programas de Apoyo Implementados por Gobiernos Extranjeros con motivo de la crisis global sobre el Sistema Financiero Nacional” que suscitó los eventos motivo de estudio de este trabajo, a pesar de que en el mismo se establece una propuesta de legislación que carece de sustento legal, tuvo un efecto positivo para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en cuanto a su resultado práctico político. De la fecha en que se difundió hasta el día de hoy no se presentó ni una sola acción para promover algún amparo.

SEGUNDA: A pesar de que el comunicado de prensa califica una situación jurídica, el mismo no se consideró un acto de autoridad *per se* hasta que el Congreso de la Unión solicitó que la Secretaría de Hacienda ratificara si la posición oficial era la contenida en el mismo, por tanto jurídicamente un comunicado de prensa como el estudiado no representó un acto de autoridad. A pesar de que en opinión del sustentante sí lo sea.

TERCERA: La Legislación en la materia debe ser revisada y modificada en particular en lo establecido para la inversión de capitales extranjeros por parte de personas morales que ejerzan funciones de autoridad.

CUARTA: La solución a largo plazo radica en dar respuesta al planteamiento sí vamos o no a permitir de alguna forma el capital de personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en las instituciones de la banca mexicana de manera directa o indirectamente. Para ello considero que no es necesario hacer una modificación en la Constitución que daría sustento a las prohibiciones establecidas en la legislación actual. Considero que es necesaria una modificación en las leyes que la regulan, específicamente en la Ley de Instituciones de Crédito y en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

QUINTA: Mi propuesta es que la prohibición debe permanecer pero debe hacerse en forma clara, en el artículo 13 de la LIC actual existe la prohibición pero no se explica si establece esta prohibición a la inversión directa de capital extranjero de personas morales que ejerzan funciones de autoridad o a la inversión indirecta. Esto debe dilucidarse no dejarse a la interpretación de lo que se estableció en los tratados o a interpretaciones de lo asentado en otros ordenamientos jurídicos.

SEXTA: Además de que lo anterior le daría claridad al orden jurídico en la materia, existen fuertes motivaciones políticas que respaldan la necesidad de que la prohibición permanezca en la inversión directa de capital extranjero de personas morales que ejerzan funciones de autoridad. Desde mi punto de vista un gobierno extranjero no debe tener posibilidad alguna de establecer los órganos corporativos de un banco mexicano. Esto desde luego no solamente cuidando que una medida o disposición de esta naturaleza pueda tener consecuencias para la institución en sí, aquí lo que se busca es que no quede vulnerable el sistema de pagos. Es una cuestión estratégica de soberanía nacional en cuanto a los sistemas de pagos, al cambiario y al de transferencias, desde luego que esta modificación también debe ser aplicable a las controladoras de las instituciones de crédito filiales, que se establezca tanto en la LIC para que

esté regulando a las instituciones de crédito así como a las controladoras de los grupos financieros que regula la LRAF.

SÉPTIMA: Por último parafraseando al filósofo Spinoza, que dice: “Es propio de toda cosa perseverar en su ser”. Considero que a pesar de que el asunto ya está en la SCJN difícilmente se va a modificar el *status quo*, la SHCP mediante el boletín hizo una interpretación desafortunada, aunado a una propuesta de modificación de ley que contiene inconsistencias jurídicas que ya fueron comentadas, pero que en el corto plazo logró mantener las cosas hacia una dirección conveniente para el Ejecutivo. El Congreso de la Unión mediante la Controversia Constitucional, justifica su existencia y de paso le solicita a la SCJN que resuelva el caso. La opinión de la SCJN será más que bienvenida, en mi opinión los Ministros de la SCJN tendrán también que valorar los elementos políticos de su decisión y pensar muy bien en la posible afectación del sistema financiero mexicano, de cualquier forma aún cuando su fallo sea contrario a los intereses del Ejecutivo o del mismo grupo financiero, el Gobierno de los Estados Unidos ha seguido con el proceso de venta de acciones de Citigroup, de acuerdo a una nota que salió publicada en el periódico reforma el 23 de julio del 2010 para noviembre del 2010, el Gobierno de los EUA señaló que pondrá fin al programa de apoyo el 30 de noviembre debido a una venta previa a que el banco reporte sus resultados del tercer trimestre. Por todo lo anterior me atrevo a decir que no habrá grandes movimientos en el *status quo*.

Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel; *Nuevo derecho bancario*, Ed. Porrúa, S. A., 8ª ed., México, 2000.

BACUHE GARCIADIEGO, Mario; *Operaciones bancarias, activas, pasivas y complementarias*, Editorial Porrúa, México. 1985.

BORJA MARTÍNEZ, Francisco; *Estudios de Derecho Bursátil*. Editorial Porrúa. México, 1997.

BORJA MARTÍNEZ, Francisco; *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.*

CARBONELL, Miguel; *Elementos de derecho constitucional*, Fontamara, México, 2009.

CARVALLO YAÑEZ, Erik; *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil mexicano*. Editorial Porrúa, México 2006.

COSSÍO, José Ramón, PÉREZ DE HACHA, Luis M; *La Defensa de la Constitución*. Editorial Fontamara. 2006.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe; *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*. Editorial OXFORD, Segunda Edición, México 1992.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, Ed. Porrúa, S. A., 5ª ed., México, 2007.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús; *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito. Exposición de motivos, disposiciones de la SHCP, Banxico, CNBV Y ABM*, Ed. Porrúa, S. A., 1ª ed., México, 2003.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera edición. Tomo I. Editorial Espasa Calpe. España 1999.

Diccionario Manuel Ossorio de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Trigésima Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2004.

FRISCH PHILLIP, WALTER; *La sociedad anónima*. Editorial Harla, México 1995.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, pleno, tesis C/92, núm. 60, diciembre de 1999.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro; *Introducción al estudio del Juicio de Amparo*, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro; SAUCEDO ZAVALA, María Guadalupe. *Ley de Amparo, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMPILACIÓN DE TESIS, TOMO II ARTÍCULOS 81 HASTA 234 Y TRANSITORIOS. Artículo 116, Fracción III, Séptima Edición*, Editorial Porrúa, México, 2004.

GILBERTO VILLEGAS, Carlos; *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1999.

GUZMÁN HOLGUÍN, Rogelio; *Derecho Bancario y Operaciones de Crédito*, Ed. Porrúa, S. A., 2ª ed. actualizada, México, 2004.

KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, 13ª. Edición, ed. Porrúa, México 2003.

MANTIILA MOLINA, Roberto L; *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, México 1995.

MIJANGOS BORJA, María de la Luz.- *Conceptos Generales del Derecho Financiero, Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Financiero*.<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=>

Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros. Editorial Porrúa, México, 2006.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México 1998.

ROLDAN XOPA, José.- *Derecho Administrativo*.- 1ª. Ed.- Oxford University Press.- México 2008.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, 74, febrero de 1994, Tesis de jurisprudencia, No. P. VIII/1994, Pleno de la SCJN.

SERRA ROJAS, Andrés; *Teoría del Estado*, 17ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2005.

SCHMILL, Ulises; *Teoría del derecho y del Estado*, 1a. ed., Ed. Porrúa, México 2003.

Escrito promoviendo demanda de Controversia Constitucional interpuesta por *SENADOR CARLOS NAVARRETE RUIZ, Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, 4 de noviembre de 2009.*

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/74.htm?s=> (Artículo 73 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

<http://www.definicion.org/ley-de-instituciones-de-credito>

http://www.banxico.org.mx/tipo/disposiciones/otrasdisposiciones/cir1_2005_modificaciones.html. (Definición de Instituciones de Crédito)

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0780:ES:HTML>, (definición entidad de crédito)

<Http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2010/CDTratados/pdf/M515.htm> (Artículos 1404 y 1405 TLCAN)

HEMEROGRAFÍA

Implicaciones de los programas de apoyo implementados por gobiernos extranjeros con motivo de la crisis global sobre el sistema financiero nacional, Comunicado de Prensa publicado el 19 de marzo del 2009, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel, *Plaza Pública*, 23 de marzo del 2009, periódico Reforma.

MARTÍNEZ, José Jorge, *El Universal*, 26 de marzo de 2009. *Banamex: la joya ilegal de la corona.*

SILVA HERZOG, Jesús y Suárez Dávila, Francisco, *El Universal*, 23 de marzo de 2009.

Entrevistas

Entrevista realizada al Dr. José Antonio Lozano. Director de la Carrera de Derecho de la Universidad Panamericana. Junio de 2009.

Entrevista realizada al Lic. Fabián Aguinaco Bravo. Especialista en Derecho Constitucional. Junio de 2009.

Entrevista realizada al Lic. Jorge Gaxiola. Rector de la Escuela libre de Derecho. Junio de 2009.

Entrevista realizada al Lic. Jaime Cortés Rocha. Especialista en Derecho Financiero. Junio de 2009.

Entrevista realizada al Lic. Fernando Borja Mujica, Director Ejecutivo Jurídico del Corporativo Banamex. Junio de 2009.