



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO**

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

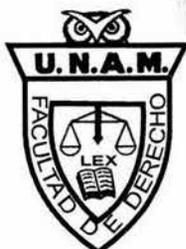
**ANALISIS DE LA REFORMA A LOS ARTICULOS 117 Y 118
DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO RESPECTO
DEL SECRETO BANCARIO**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN
DERECHO**

PRESENTA:

TEY WENDOLYNE RETANA ALARCON

ASESOR DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2006

M 700735



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

PRESENTE.

La alumna: **TEY WENDOLYNE RETANA ALARCON**, realizó bajo la supervisión del **SUSCRITO**, el trabajo titulado: **"ANALISIS DE LA REFORMA A LOS ARTICULOS 117 Y 118 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO, RESPECTO DEL SECRETO BANCARIO"**, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

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

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

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

Atentamente.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".

Ciudad Universitaria, a 16 de octubre del año 2006.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRE
DIRECTOR.



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

Agradecimientos

A mis padres:
Esther Alarcón Lorencilla y Alberto Retana Correa

Por darme la vida y ayudarme a entenderla.
Por ser mi ejemplo a seguir.
Por su apoyo y dedicación.
Gracias por siempre.

Especialmente en memoria de un gran profesor que admiro, respeto y recuerdo:
José Antonio Almazán Alaniz (†)
Gracias por su ayuda y orientación.

Al Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero
Le agradezco infinitamente que haya retomado el seguimiento de mi investigación.

Gracias tía Lety por el tiempo y paciencia dedicados
para que las líneas de mi esfuerzo se plasmaran mejor.

“Considero más valiente al que conquista sus deseos
que al que conquista a sus enemigos,
ya que la victoria más dura
es la victoria sobre uno mismo”
(Aristóteles)

Dedicatorias

A ti mamá.

Que has sabido entenderme y ser mi amiga
Por ser la luz que ha iluminado mi camino
y el ángel que me ayuda a encontrarlo cuando no lo puedo ver
Porque tus palabras siempre me levantan.

A ti Papá.

Por esa fuerza que te caracteriza para salir siempre
adelante y lograr todas tus metas.
Por tus consejos y tus enseñanzas, por darme
fuerza y valor para enfrentar la vida.

A mis hermanas Zay e Ini.

Porque son el amor de mi vida y mi motivo de inspiración
Porque le dan magia y color a mi mundo
Por sus sonrisas, por su confianza.
Las adoro ranitas.

A mis abuelitos Agustina y Delfino.

Porque han estado a mi lado en todos los momentos
Porque me han visto crecer y me han cuidado
En especial a ti Buty por tanto amor y ternura.

Le dedico este trabajo con todo mi amor:

A las tías más lindas que alguien puede tener:

Aida que has sido como una madre para mi
y
Lety por la ayuda que me has brindado en todo momento.

A mi otra hermana: Effie.

A mis tíos y primos que forman parte tan importante de mi vida:

Jorge, Erwin, Benjamín, Héctor, Isaac, Israel y Sara.

A todos los buenos amigos que he encontrado en el camino
y se han quedado a mi lado, en días alegres compartiendo sonrisas
y en días tristes dándome fuerzas para continuar.

En especial a Lalo por su compañía, a Emi, Ale, Caro,
Lau, Suli, Silvia, Eva, Jen, Marci, Karen y Bianca.

A mi Universidad por la formación académica y moral
que recibí dentro de sus aulas.

“ANÁLISIS DE LA REFORMA A LOS ARTICULOS 117 Y 118 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO RESPECTO DEL SECRETO BANCARIO”

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I. SISTEMA BANCARIO MEXICANO

1. Sistema financiero mexicano.....	3
1.1. Concepto.....	3
1.2. Importancia.....	6
2. Sistema bancario mexicano.....	6
2.1. Banco de México.....	7
2.2. Banca múltiple.....	10
2.3. Banca de desarrollo.....	15
2.4. Fideicomisos públicos constituidos por el gobierno federal.....	20
3. El servicio de banca y crédito.....	25
3.1. Concepto y análisis.....	25
3.2. Historia de la banca en México.....	30
3.4. Concepto de derecho bancario.....	34
3.4. Fuentes del derecho bancario.....	38
3.5. Intermediación bancaria.....	40
3.6. Clasificación de las operaciones bancarias.....	41
3.7. Normatividad bancaria.....	46
4. Autoridades que ejercen atribución en materia de banca y crédito en México.....	48
4.1. Secretaría de Hacienda y Crédito Público.....	48
4.2. Comisión Nacional Bancaria y de Valores.....	52
4.3. Banco de México.....	57

4.4.	Comisión para la protección de los usuarios de servicios financieros.....	59
4.5.	Instituto para la protección del ahorro bancario.....	65

CAPITULO II. SECRETO BANCARIO

1.	Secreto financiero.....	68
1.1.	Secreto profesional.....	68
1.2.	El secreto profesional en diversas leyes del país.....	70
1.3.	Responsabilidad por violación al secreto profesional.....	74
1.4.	Elementos y funciones del secreto financiero.....	76
2.	El secreto bancario.....	78
2.1.	Antecedentes.....	78
2.2.	La figura jurídica del secreto bancario y su finalidad.....	80
2.3.	Sanciones por violación del secreto bancario.....	84
2.4.	Elementos personales del secreto bancario.....	89

CAPITULO III. SECRETO FIDUCIARIO

1.	El fideicomiso.....	96
1.1.	Antecedentes.....	96
1.2.	Concepto y naturaleza jurídica del fideicomiso.....	98
1.3.	Elementos del fideicomiso.....	104
1.4.	Objeto y extinción del fideicomiso.....	109
2.	El secreto fiduciario.....	111
3.	Secreto bancario y fiduciario en el derecho comparado	
3.1.	Perú.....	119
3.2.	Panamá.....	122
3.3.	Suiza.....	126

CAPITULO IV. LA REFORMA A LOS ARTICULOS 117 Y 118 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

1. La Ley de Instituciones de Crédito.....	131
2. Motivos que dieron origen a la reforma.....	133
3. Finalidad de la reforma.....	137
4. Análisis de la reforma a los artículos 117 y 118.....	139
5. Propuesta.....	145
CONCLUSIONES.....	149

BIBLIOGRAFIA

ANALISIS DE LA REFORMA A LOS ARTICULOS 117 Y 118 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO RESPECTO DEL SECRETO BANCARIO

INTRODUCCION

El desarrollo de la presente investigación tiene por objeto analizar la reforma de los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito relativa a los secretos bancario y fiduciario publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2005 y a partir de los motivos que le dieron origen, realizar un análisis encaminado a determinar los aciertos y beneficios derivados de la reforma, así como las lagunas y fallas que desde mi perspectiva el legislador no previó.

La regulación jurídica del secreto financiero en general me parece compleja por la cantidad de leyes, operaciones e información con las que éste se relaciona, además de ser una regulación que debe acoplarse a otras tantas de ámbito internacional por el sólo hecho de implicar actos que pueden tener consecuencias positivas o negativas en nuestro sistema financiero o en el de algún otro país.

El interés público del Estado por tener acceso a cierta información para poder llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones, se contrapone con el interés privado de clientes y usuarios de mantener a salvo la privacidad de sus datos e información. Nos enfrentamos entonces a un serio conflicto en el que resulta complicado delimitar el margen adecuado y justo que no invada el desenvolvimiento de las partes intervinientes. Considero que el problema se agrava en nuestro país toda vez que nuestra situación económica, política y social está siendo vulnerada por la gente que ocupa los principales cargos que dirigen dichos sectores.

Es en este punto donde el legislador debe ser no sólo específico sino también extremadamente cuidadoso para poder emitir leyes que no confronten ambos intereses o excluya alguno por darle prioridad al otro; es una tarea difícil que debe buscar además de un equilibrio, un texto que sea de fácil aplicación y que

surja apegado al marco de la legalidad. Soy consciente de que no es una tarea sencilla y que a través de la ley no se puede prever cada uno de los casos a los que la realidad nos enfrenta, entonces el papel de los juzgadores también resulta ser fundamental para que en su momento puedan determinar, en base a cada caso en concreto y después de un estudio minucioso del mismo, que interés es el que debe prevalecer respecto de cada uno de los bienes jurídicos confrontados.

México es un país que teniendo abundancia en recursos naturales no ha sabido posicionarse dentro del grupo de países con economías fuertes y estables, en mi opinión, debido a la mala administración que se ha tenido en todos los sectores fuertes (como lo son el político, el de energéticos, el académico, etc) entre ellos por supuesto, el sector financiero. No hacen falta más leyes y reglamentos sino gente comprometida que sea capaz de dirigir al país con una visión que tenga por objeto buscar el bien común para ir consolidando poco a poco una sociedad con más valores y con más educación, esto traerá como consecuencia un beneficio nacional que fortalezca de manera gradual el desarrollo de una economía estable que brinde una confianza no solo a sus ciudadanos, sino también a otros países para que puedan llevar a cabo inversiones que propicien mejoras en este sector y con ello a su vez se favorezca nuestro sistema financiero y como parte integrante, el bancario; pues existirá la certeza de que quienes se encargan de aplicar las leyes en caso de presentarse alguna controversia lo podrán hacer de manera correcta y eficaz buscando siempre la preservación del estado de derecho.

CAPÍTULO I. SISTEMA BANCARIO MEXICANO

1. SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

1.1. CONCEPTO

El sistema financiero de un país constituye una base fundamental para su desarrollo económico, que puede traer grandes ventajas y desventajas respecto de su posición frente a otros países, en nuestro caso es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la autoridad principal de coordinar dicho sistema, el cual ha tenido la necesidad de ir evolucionado con el paso del tiempo no solo por factores necesarios, sino también por la influencia de otros sistemas en un ámbito internacional.

El sistema financiero es "el lazo de unión entre quienes tienen bienes en exceso y quienes los necesitan".¹

El *Diccionario de conceptos económicos y financieros*, de Martino Mendulice, en su definición de sistema financiero, equipara a este con el sistema monetario, lo cual me parece incorrecto dado que considero que el sistema monetario es una parte del sistema financiero y no su análogo, posteriormente continúa definiendo al sistema financiero como el conjunto de normas que establecen la naturaleza de las operaciones permitidas en las entidades de intermediación financiera y las interrelaciones entre ellas con el público, señalando que su función básica consiste en la captación de recursos financieros (ahorros) y la colocación de los mismos en forma de créditos de inversión o de consumo.²

El doctor Jesús de la Fuente Rodríguez define al sistema financiero mexicano como: "el conjunto de autoridades que lo regulan y supervisan; entidades financieras que intervienen generando, captando, administrando, orientando y

¹ MARTÍNEZ Cerezo Antonio, *Diccionario de Banca*, ediciones Pirámide, Madrid, 1979, p. 176.

² Cfr. MARTINO Mendulice Fernando, *Diccionario de conceptos económicos y financieros*, editorial Andrés Bello, Chile, 2001, p. 251.

dirigiendo tanto el ahorro como la inversión; instituciones de servicios complementarios, auxiliares o de apoyo a dichas entidades de agrupaciones financieras que prestan servicios integrados; así como otras entidades que limitan sus actividades a información sobre operaciones activas o prestan servicios bancarios con residentes en el extranjero”.³

Para completar esta definición cabe citar la del el Dr. Luis Núñez en su libro *El sistema financiero mexicano, sus debilidades y fortalezas*, en la que agrega que esa captación, administración, orientación y dirección tanto del ahorro como de la inversión deben ser enfocados al contexto político económico que está establecido en México. Así mismo, expresa que el sistema financiero mexicano es el mercado donde las empresas (ya sean públicas o privadas) así como los particulares pueden controlar sus ingresos de efectivo o podrán buscar en ellas la satisfacción de sus requerimientos financieros.⁴

Para el doctor Miguel Acosta Romero al sistema financiero mexicano “se le debe concebir dentro de un enfoque sistémico de la globalización de los servicios financieros, por lo que dicho sistema abarca cinco subsistemas, los cuales enumero a continuación:

a) Subsistema de intermediarios financieros bancarios, dividido en cuatro partes:

- banca múltiple
- banca de desarrollo
- filiales de instituciones financieras del exterior
- sociedades financieras de objeto limitado

b) Subsistema de intermediarios financieros no bancarios, aquí se encuentran todas las instituciones previstas en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (como lo son las uniones de crédito, almacenes generales de depósito, empresas de factoraje financiero, arrendadoras financieras y

³ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, 4ª ed., editorial Porrúa, México, 2002, Tomo I, p. 79.

⁴ Cfr. NÚÑEZ Álvarez Luis, *El Sistema Financiero Mexicano, sus debilidades y fortalezas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002 (Serie de Estudios Jurídicos, 35), p. 3.

casas de cambio). Dentro de este subsistema podemos ubicar también a las Instituciones y sociedades mutualistas de seguros y a las instituciones de fianzas.

c) Subsistema de intermediarios bursátiles, integrado por la bolsa de valores, casas de bolsa, especialistas bursátiles, instituciones para el depósito de valores, sociedades calificadoras de valores y sociedades de inversión.

d) Subsistema de intermediarios financieros del sistema de ahorro para el retiro, integrado por las administradoras de fondos de ahorro para el retiro, sociedades de inversión especializadas en ahorro para el retiro, y empresas administradoras de bases de datos.

e) Subsistema de intermediarios de ahorro y crédito popular, integrado por las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo y las sociedades financieras populares.

f) Subsistema de sociedades que prestan sus servicios a los intermediarios antes señalados, como son las sociedades de información crediticia, de traslado de valores, de mantenimiento de cajeros automáticos, etc."⁵

En conclusión, el sistema financiero básicamente tiene dos partes integrantes: el de las autoridades y el de las entidades financieras, es importante mencionar el artículo 3º de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que nos dice quienes conforman las entidades del sector financiero:

- Sociedades controladoras de grupos financieros
- Instituciones de crédito
- Especialistas bursátiles
- Bolsas de Valores
- Sociedades de inversión
- Sociedades operadoras de sociedades de inversión
- Sociedades distribuidoras de acciones de sociedades de inversión
- Almacenes generales de depósito
- Uniones de crédito
- Arrendadoras financieras
- Empresas de factoraje financiero
- Casas de cambio

⁵ ACOSTA Romero Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, 9ª ed., editorial Porrúa, México, 2003, pp. 198 y 199.

- Sociedades financieras de objeto limitado
- Instituciones para el depósito de valores
- Contrapartes centrales
- Instituciones calificadoras de valores
- Sociedades de información crediticia
- Personas que operen con el carácter de entidad de ahorro y crédito popular
- Así como otras instituciones o fideicomisos públicos que realicen actividades financieras y respecto de los cuales la Comisión ejerza facultades de supervisión.

1.2. IMPORTANCIA

El sistema financiero desarrolla un papel imprescindible dentro de la economía de cualquier país principalmente por lo siguiente:

- Mediante sus instituciones financieras se capta el ahorro del público y se encauza hacia las actividades productivas.
- El sistema financiero (principalmente el bancario) constituye la base principal del sistema de pagos del país y facilita la práctica de transacciones y servicios.
- Favorece la acumulación de capital.
- Contribuye a una adecuada asignación de la inversión.⁶

2. SISTEMA BANCARIO MEXICANO

De acuerdo a la composición de dos definiciones de diccionarios jurídicos, sistema bancario “es la estructura de la organización dentro de la cual se mueve la Banca, responde a las directrices que le marca la autoridad superior”,⁷ y “está constituido por el conjunto de entidades bancarias que se rigen por las mismas disposiciones

⁶ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

⁷ MARTÍNEZ Cerezo Antonio, *op. cit.*, p. 176.

legales, se encuentran autorizadas para realizar las mismas operaciones y están sujetas de una misma autoridad fiscalizadora".⁸

Nos refiere el doctor Acosta que la definición tradicional de sistema bancario mexicano es "el que está formado por las instituciones de crédito y por las autoridades de inspección y vigilancia".⁹

Ahora bien, conforme al artículo 3° de la Ley de Instituciones de Crédito, el sistema bancario mexicano está integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquellos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan; el artículo 4°, de la misma ley, nos refiere que en dicho sistema el Estado ejercerá la rectoría del sistema bancario mexicano, a fin de que éste oriente fundamentalmente sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una política económica soberana, fomentando el ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio Sistema, con apego a sanas prácticas y usos bancarios.

2.1. BANCO DE MÉXICO

Para comprender lo relativo al Banco de México es necesario hablar en primer término de banca central, la cual tuvo su origen con la creación del Banco de Inglaterra en 1964.

Para definir banca central, el Dr. Acosta Romero remite a la definición de C.A. Thanos, que dice: "El banco central es una institución bancaria que tiene por objeto controlar la cantidad y el uso del dinero, en forma tal que facilite la aplicación

⁸ MARTINO Mendulice Fernando, *op. cit.*, p. 248.

⁹ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 197.

de la política monetaria determinada. Esta política podrá ser elaborada por el mismo banco, o lo que es más frecuente, podrá ser impuesta al banco por el Estado”.¹⁰

Luis Núñez considera: “un Banco Central Moderno es una institución que tiene a su cargo el control de la oferta de dinero y de crédito en la economía, su objetivo prioritario es el lograr y mantener la estabilidad de los precios. Entre las funciones que se les asigna a los bancos centrales están las de propiciar el crecimiento económico, actuar como banqueros del gobierno, colaborar con el manejo de la deuda pública, administrar el flujo de dinero y de crédito, entre otras”.

11

En el caso de nuestro país, el Banco de México tiene su origen en el Constituyente de Querétaro de 1917 con la iniciativa que presentó el Ejecutivo Federal respecto del artículo 28 constitucional que ordenaba crear un banco único de emisión controlado por el Gobierno Federal.¹²

Con motivo de dicha iniciativa, y durante la presidencia del general Plutarco Elías Calles, se publica el 31 de agosto de 1925 en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley que crea al Banco de México, iniciando sus actividades el 1º de septiembre de ese mismo año, con el carácter de sociedad anónima de participación estatal mayoritaria y con las siguientes funciones: emisión de billetes, regulación de la circulación monetaria, tenía a su cargo el servicio de Tesorería de la Federación, y realizaba operaciones bancarias.

Posteriormente, se da una nueva configuración de nuestro Banco y su autonomía, como consecuencia de las reformas al artículo 28 constitucional, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* en 1993 quedando dicho precepto en sus párrafos sexto y séptimo de la siguiente forma:

[...] El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional,

¹⁰ ACOSTA Romero Miguel, cita a C.A. Thanos, *op. cit.*, p. 275.

¹¹ NÚÑEZ Álvarez Luis, *op. cit.*, p. 13.

¹² Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 109.

fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

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

La ley que da origen al Banco de México fue transformada en más de una ocasión concluyendo finalmente con una nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de diciembre de 1993, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 constitucional, misma que en su artículo primero define al Banco de México como persona de derecho público con carácter autónomo.

El doctor Jesús de la Fuente expresa: "es necesaria esta autonomía del Banco Central para garantizar un comportamiento neutral, desde un punto vista político, de la gestión de los aspectos monetarios, elemento esencial a la hora de perseguir la estabilidad del sistema económico".¹³

La naturaleza jurídica del Banco de México es la de un organismo autónomo del estado porque no forma parte de ninguno de los Poderes de la Unión y porque nuestra Carta Magna le concede ese carácter.

¹³ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 113 y 115.

Se han realizado estudios comparativos respecto de la autonomía de los bancos centrales de diferentes países, y los resultados mostraron que los países que cuentan con bancos centrales autónomos, como Alemania, Suiza y Estados Unidos suelen gozar de la tasa de inflación¹⁴ más baja.

Las funciones que tiene el Banco de México como parte del sistema bancario mexicano se encuentran contempladas en el artículo 3º de su ley:

I. Regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos;

II. Operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia;

III. Prestar servicios de tesorería al Gobierno Federal y actuar como agente financiero del mismo;

IV. Fungir como asesor del Gobierno Federal en materia económica y, particularmente, financiera;

V. Participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional o que agrupen a bancos centrales, y

VI. Operar con los organismos a que se refiere la fracción V anterior, con bancos centrales y con otras personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

Más adelante se tratará de nueva cuenta al Banco de México como autoridad con atribuciones en materia bancaria, y no como parte del sistema bancario mexicano.

2.2. BANCA MÚLTIPLE

Afirma el autor Miguel Acosta Romero: “las reformas de 1975 a la Ley Bancaria dieron la pauta para que se introdujera legalmente en México el sistema de banca múltiple, esto es instituciones (una sola persona jurídica) que operen toda la gama

¹⁴ La inflación se define como un proceso de elevación continuada de los precios o, lo que es lo mismo, un descenso continuado del valor del dinero. El dinero pierde valor cuando ya no se puede comprar la misma cantidad de bienes que antes.

de instrumentos de captación del ahorro público, así como en toda la amplitud de plazos y mercados, ofreciendo a sus clientes servicios integrados, no sólo en cuestiones crediticias, sino también en servicios bancarios conexos".¹⁵ Desprendiéndose que queda atrás la banca especializada en la que el gobierno otorgaba concesiones pero sólo para realizar un tipo de operación.

"El establecimiento formal de la banca múltiple (también conocida por otros tratadistas como banca universal o banca comercial) se da el 2 de enero de 1975, por medio del decreto que reformó y adicionó el artículo 2º de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, en el que se estipulaba que las concesiones que otorgaba la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tenían una naturaleza intransferible y se referían a uno o más de los a continuación mencionados grupos de operación:

- a. operaciones de depósito
- b. operaciones de ahorro
- c. operaciones financieras
- d. operaciones de crédito hipotecario
- e. operaciones de capitalización
- f. operaciones fiduciarias"¹⁶

Para el doctor Luis Núñez la banca universal implica la idea de una banca integral que ofrezca una amplia gama de servicios financieros a diversos tipos de clientes, ofreciendo banca de menudeo, banca empresarial, banca corporativa y de inversión, además seguros de fondos y fondos de inversión.¹⁷

Otra definición bastante clara para entender que es la banca múltiple es la que nos da Humberto Ruiz, quien afirma que "es la que presta a sus clientes una amplia gama de servicios bancarios: recibe depósitos, realiza operaciones de crédito hipotecario o refaccionario, practica operaciones de fideicomiso, emite bonos

¹⁵ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 543.

¹⁶ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *loc. cit.*

¹⁷ Cfr. NUÑEZ Alvarez Luis, *op. cit.*, p.

bancarios, promueve la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles, etc".¹⁸

Según el criterio de Acosta Romero "la formación del sistema de banca múltiple significa una acción legislativa de singular importancia para el sistema bancario nacional con las siguientes ventajas:

I. Fortalecimiento de la función bancaria: la función social de las instituciones de crédito se ve fortalecida al dotarlas con un nuevo instrumento, que les permite realizar en forma más adecuada su actividad de intermediarios profesionales en el mercado de dinero y del crédito.

II. El principio de competencia sana y equilibrada entre las instituciones de crédito se ve reafirmado al permitir que las instituciones de menor tamaño, aún en sus recursos para formar sociedades más grandes y productivas.

III. Robustecimiento del desarrollo regional. Este se ve robustecido al fusionarse sociedades medianas y pequeñas, propiciando un incremento en el número de bancos que ofrezcan, en el interior del país, servicios integrados.

IV. Fomento de ahorro interno. La oferta de servicios variados por parte de instituciones de crédito que antes no los proporcionaban, contribuye a fomentar el ahorro interno del país y a fomentar su desarrollo.

V. Abatimiento de costos. Los costos de operación de las instituciones de crédito se ven disminuidos al poder reflejar, en un solo balance, las operaciones y resultados del grupo integrado.

VI. Mejor aprovechamiento y productividad de los recursos humanos. Al orientarlos hacia el conocimiento y asimilación de toda la gama de servicios que ofrece la banca múltiple.

VII. Optimización integral de los servicios bancarios. La integración de sistemas de trabajo permite una mejor adaptación de las necesidades y preferencias del público, al poder obtener, en una sola institución, una gama completa de servicios bancarios y financieros".¹⁹

Este mismo autor para definir que es la banca múltiple o universal se remite a los artículos 2º y 8º de la abrogada Ley General de Instituciones de Crédito y

¹⁸ RUIZ Torres Humberto, *Derecho Bancario*, editorial Oxford University Press, México, 2003, p. 42.

¹⁹ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 544.

Organizaciones Auxiliares de 1941, estableciendo que dicha banca es una sociedad anónima a la que el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, le ha otorgado autorización para el ejercicio habitual y profesional de banca y crédito en los ramos de depósito, ahorro financiero, hipotecario, fiduciario y servicios conexos.²⁰

Conforme al artículo 8º de la vigente Ley de Instituciones de Crédito, el Gobierno Federal es el encargado de otorgar de manera discrecional (a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con la opinión del Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores) la autorización²¹ correspondiente para poder operar como una Institución de banca múltiple.

El artículo 9º de la Ley de Instituciones de Crédito señala que gozarán de autorización las Sociedades anónimas de capital fijo constituidas conforme a los lineamientos en ella establecidos y si no está previsto en dicha ley, entonces conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, particularmente conforme a lo siguiente:

1. Tendrán por objeto la prestación del servicio de banca y crédito, en los términos de la Ley de instituciones de crédito;
2. La duración de la sociedad será indefinida;
3. Deberá contar con el capital social y el capital mínimo que corresponde conforme a lo previsto en la Ley;
4. Su domicilio social estará en el territorio nacional.

Cabe mencionar que el Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito emite una tesis aislada con el número de registro 190149, que dice así: **"INSTITUCIONES DE CRÉDITO. EL CONCEPTO DE BANCA MÚLTIPLE ES DIFERENTE AL DE SOCIEDAD ANÓNIMA.**

²⁰ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 545.

²¹ Acosta Romero define a la autorización como el acto administrativo por medio del cual se otorga por un órgano de la Administración, o un particular, la facultad o derecho para realizar una conducta o hacer alguna cosa. Gabino Fraga utiliza la palabra autorización, permiso o licencia como iguales, en tanto que se entienden como un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho en particular.

De la interpretación de los artículos 8o. y 9o. de la Ley de Instituciones de Crédito se concluye que el concepto de "banca múltiple" y el de "sociedad anónima" son diferentes, pues la anónima es una forma societaria y la banca múltiple es simplemente una de las dos maneras de prestar el servicio de banca y crédito que reconoce nuestro derecho; es decir, la sociedad anónima es la forma legal como se constituye la persona jurídica, y la banca múltiple es la forma de hacer la banca; por tanto, quien constituye la entidad jurídica es la sociedad anónima, independientemente de la forma como preste el servicio de la banca.

Amparo en revisión 1303/2000. Paletas Manhattan, S.A. de C.V. y otra. 19 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Soto Gallardo. Secretario: Miguel Ángel Rodríguez Torres".²²

Siguiendo los lineamientos del mismo artículo 9º de la Ley de Instituciones de Crédito, la escritura constitutiva de las instituciones de banca múltiple y las modificaciones a la misma deben ser sometidas a la consideración y aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, una vez que han sido aprobados todos estos aspectos, deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio, sin que se requiera de mandamiento judicial. La administración de las instituciones de banca múltiple está a cargo de un Consejo de Administración con once consejeros y la vigilancia de la sociedad es a cargo de comisarios.

Las actividades y operaciones que puede realizar la banca múltiple se encuentran contempladas de manera limitativa en el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, mismas que se enumeran en 27 fracciones, siendo la última una excepción por facultar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para autorizar operaciones análogas o conexas, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Las fracciones restantes facultan a la banca múltiple para recibir depósitos bancarios de dinero, otorgar préstamos o crédito, expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, operar con valores, operar con documentos mercantiles por cuenta propia, actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito, desempeñar el cargo de albacea, entre muchas otras actividades más.

Algunas de las instituciones de banca múltiple que han operado desde la privatización, y que hoy en día son ampliamente conocidas, son entre otras Banorte,

²² Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, núm. XIII, marzo, 2001, Tesis: III.1o.C.117 C., p. 1765.

Inbursa, Banamex, Bancomer. Cabe mencionar que actualmente se han integrado diferentes grupos financieros con la finalidad de aumentar su competitividad en el mercado financiero; para la fusión de dos o más instituciones de banca múltiple o de cualquier otra sociedad con una institución de banca múltiple se requiere autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Un ejemplo a lo antes mencionado, es el de la fusión de BBVA²³ y Bancomer S.A., formado por Banca Cremi S.A., Banco de Oriente S.A. y Multibanco Mercantil Probursa S.A.²⁴

2.3. BANCA DE DESARROLLO

“El término banca de desarrollo nace a partir de la expedición de la legislación bancaria derivada del Decreto de nacionalización de la Banca Privada del 1º de septiembre de 1982. En efecto, tanto la primera Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983, como la segunda de 1895, establecían que el servicio público de banca y crédito sería prestado exclusivamente por el Estado, a través de instituciones estructuradas como sociedades nacionales de crédito, las cuales funcionarían como banca múltiple y banca de desarrollo”.²⁵

El artículo 30 de la Ley de Instituciones de Crédito define a las instituciones de banca de desarrollo como entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de la citada en primer término.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la encargada de expedir su reglamento orgánico, el cual contendrá las bases que regirán su organización y el funcionamiento de sus órganos; sus modificaciones deberán publicarse en el diario oficial de la federación e inscribirse en el Registro Público de Comercio.

²³ BBVA-Bancomer es el segundo banco más grande del país y es una filial del grupo bancario español Bilbao Vizcaya.

²⁴ Cfr. NUÑEZ Álvarez Luis, *op. cit.*, pp.39 y 42.

²⁵ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 495 y 496.

Al respecto tenemos una tesis aislada con número de registro 193920 de la segunda sala en materia administrativa que dice como sigue:

“Sociedades Nacionales de Crédito. La potestad para expedir sus reglamentos orgánicos deriva de lo dispuesto en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, por lo que el artículo 6o., fracción XV, del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, constituye una expresión válida de la facultad reglamentaria.

No es en el artículo 6o., fracción XV, del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y tres, de donde deriva la facultad del secretario de Hacienda y Crédito Público para expedir los reglamentos orgánicos de las Sociedades Nacionales de Crédito, sino en la ley que reglamenta, esto es, en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la que establece que será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la que expedirá el reglamento orgánico de cada sociedad nacional de crédito. Así, el precepto del reglamento interior de que se trata, únicamente detalla la norma legal que reglamenta al personalizar la expedición de los reglamentos orgánicos, es decir, al indicar que será el titular de dicha secretaría quien debe llevar a cabo tal expedición, con lo que se ejerce válidamente la facultad reglamentaria.

Amparo en revisión 2439/98. Café El Marino, S.A. de C.V. 16 de abril de 1999. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Angelina Hernández Hernández”.²⁶

De acuerdo a los lineamientos del título II, capítulo II de la Ley de Instituciones de Crédito, el capital social de las instituciones de banca de desarrollo está presentado por títulos de crédito que se regirán por las disposiciones aplicables de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estos títulos se denominarán certificados de aportación patrimonial, y 66% de los mismos deberá estar suscrito por el gobierno federal, es decir se encuentran mayoritariamente en poder del Estado.

La banca de desarrollo tiene como objeto principal facilitar el acceso al financiamiento a personas físicas y morales, así como otorgarles asistencia técnica y capacitación en términos de sus respectivas leyes orgánicas. En el desarrollo de sus funciones dichas instituciones deben preservar y mantener su capital, garantizando la sustentabilidad de su operación, a través de una eficiente y transparente canalización de recursos. En ese sentido, la banca de desarrollo

²⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta IX, Mayo de 1999, Tesis 2ª LXIV/99, p. 513.

fomenta el desarrollo de determinados sectores de la economía, a través de los servicios de banca y crédito mencionados para la banca múltiple, actuando de manera directa o como banca de segundo piso, en la que destina recursos a intermediarios financieros bancarios y no bancarios para que éstos a su vez los viertan al acreditado final.²⁷

El libro de *Derecho Bancario* de Ruiz Torres, cita dos definiciones de Banca de Desarrollo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que dicen así: “Es un instrumento fundamental del Estado para apoyar el desarrollo integral del país con sectores, regiones y actividades prioritarias.” “Son instituciones financieras cuyo propósito fundamental es promover y fomentar el desarrollo económico en sectores y regiones con escasez de recursos, así como apoyar programas y actividades prioritarias de alto riesgo, con largos periodos de maduración o que requieren montos importantes de inversión inicial”.²⁸

La banca de desarrollo es la banca del Estado que después de la estatización de la banca, se conformó en sociedades nacionales de crédito. Las Instituciones Nacionales de Crédito, de manera general, pueden conceptuarse como empresas públicas con la estructura jurídica de una sociedad mercantil,²⁹ ya que por disposición de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares deben adoptar ese tipo de organización.³⁰

La determinación de carácter “nacional” en la denominación de estas instituciones se da por disposición de Ley y porque así lo establece la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la concesión que les otorga.³¹

En un inicio a las Instituciones Nacionales de Crédito se les consideró como empresas de participación estatal mayoritaria, es en 1985 cuando se publican

²⁷ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 496 y 497.

²⁸ RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 57.

²⁹ Nos refiere el Dr. Acosta Romero Miguel que la empresa como tal puede adoptar diversas formas de estructura jurídica y si se trata de empresa pública, puede tener la forma de sociedad mercantil, de organismo público descentralizado o en última instancia formar parte de una entidad centralizada administrativamente.

³⁰ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 850.

³¹ Cfr. *Ibid.*, p. 853.

decretos en el *Diario Oficial de la Federación* que transforman a dichas Instituciones en Sociedades Nacionales de Crédito integrantes de la banca de desarrollo.

Tenemos dentro de la banca de desarrollo a las siguientes Sociedades Nacionales de Crédito:

a. Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada (BANJERCITO).

Tiene por objeto otorgar apoyos financieros a los miembros del Ejército, Fuerza Aérea y Armada Mexicanos; la operación y funcionamiento de la Institución se realizará con apego al marco legal aplicable y a las sanas prácticas y usos bancarios, buscando alcanzar dentro del sector encomendado al prestar el servicio público de banca y crédito. (De acuerdo al artículo 3º de su ley orgánica).

b. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (BANOBRAS).

Tiene por objeto financiar o refinanciar proyectos de inversión pública o privada en infraestructura y servicios públicos, así como coadyuvar al fortalecimiento institucional de los gobiernos Federal, estatales y municipales, con el propósito de contribuir al desarrollo sustentable del país. (De conformidad al artículo 3º de su ley orgánica).

c. Nacional Financiera (NAFIN).

Tiene por objeto promover el ahorro y la inversión, así como canalizar apoyos financieros y técnicos al fomento industrial y en general, al desarrollo económico nacional y regional del país. (De acuerdo al artículo 2º de su ley orgánica).

d. Banco Nacional de Comercio Exterior (BANCOMEXT).

Tiene por objeto financiar el comercio exterior del país, así como participar en la promoción de dicha actividad; comprendiendo la preexportación, exportación, importación y sustitución de importación de bienes y servicios. (de acuerdo a lo artículos 3º y 6º de su ley orgánica).

e. Financiera Rural

Tiene por objeto coadyuvar a realizar la actividad prioritaria del Estado de impulsar el desarrollo de las actividades agropecuarias, forestales, pesqueras y todas las demás actividades económicas vinculadas al medio rural, con la finalidad de elevar la productividad, así como de mejorar el nivel de vida de su población. Asimismo, ejecutará los programas que en materia de financiamiento rural se determinen en el

Presupuesto de Egresos de la Federación. (De conformidad al artículo 2º de su ley orgánica).

f. Banco Nacional de Ahorro y Servicios Financieros (BANSEFI).

Tiene por objeto promover el ahorro, el financiamiento y la inversión entre los integrantes del Sector, ofrecer instrumentos y servicios financieros entre los mismos, así como canalizar apoyos financieros y técnicos necesarios para fomentar el hábito del ahorro y el sano desarrollo del Sector³² y en general, al desarrollo económico nacional y regional del país. (De acuerdo al artículo 3º de su ley orgánica).

g. Sociedad Hipotecaria Federal (SHF).

Tiene por objeto impulsar el desarrollo de los mercados primario y secundario de crédito a la vivienda, mediante el otorgamiento de garantías destinadas: a la construcción, adquisición y mejora de la vivienda, preferentemente de interés social, así como al incremento de la capacidad productiva y el desarrollo tecnológico, relacionados con la vivienda. (De conformidad al artículo 2º de su ley orgánica).

Para Acosta Romero se presenta un problema respecto de la dualidad de regímenes jurídicos con el que cuentan las sociedades nacionales de crédito, es decir, el de derecho público y el derecho privado (este último por los actos típicos de comercio que realizan los bancos). Después de realizar un análisis de ambos regímenes, concluye que dichas Sociedades son comerciantes por las características objetivas de los actos de intermediación habitual en el crédito que realizan y que constituyen el servicio público de banca y crédito; como consecuencia a lo anterior, considera necesario que tengan un objeto social determinado así como todos los requisitos que establece la ley para constituirse como sociedad.³³

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 46 establece cuales son las empresas de participación estatal mayoritaria, señalando en su

³² Entendiéndose por “sector” al conformado por los Organismos de Integración, las Entidades de Ahorro y Crédito Popular y a las personas morales y grupos de personas físicas, a que se refiere la Ley de Ahorro, así como a las personas físicas y morales que reciban u otorguen servicios a éstas

³³ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, pp. 890 y 891.

fracción I a las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica.

Para concluir, Ruiz Torres en su libro *Derecho Bancario* da el marco normativo esencial que rige a la banca de desarrollo:

1. Sus propias Leyes Orgánicas.
2. Ley de Instituciones de Crédito
3. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
4. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
5. Ley de Planeación
6. Ley General de Deuda Pública
7. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.³⁴

2.4. FIDEICOMISOS PÚBLICOS CONSTITUIDOS POR EL GOBIERNO FEDERAL

El Fideicomiso Público

Para adentrarnos a este tema en primer término es necesario mencionar que la Administración Pública Federal puede ser centralizada o paraestatal.

La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada.

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

³⁴ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 60.

El artículo 3º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece que el Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará de entidades de la Administración Pública Paraestatal, señalando entre ellas al Fideicomiso.

Posteriormente la misma Ley en su artículo 47 señala que los fideicomisos públicos a que se refiere el artículo 3o, fracción III, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada, aportando los fondos o bienes que constituyen el patrimonio del fideicomiso.

De lo anterior se desprenden las características específicas de estos fideicomisos:

- a. El fideicomitente único de la administración pública federal centralizada es el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- b. Su acto constitutivo puede ser un decreto o un acuerdo del Ejecutivo Federal o Congreso de la Unión.
- c. Cada fideicomiso debe tener un director general, que es el delegado fiduciario.
- d. Existe obligatoriamente un comité técnico (cuyas facultades son determinadas por la Ley de Entidades Paraestatales, por el contrato constitutivo o por el decreto o acuerdo de creación. Este comité es el órgano de gobierno del fideicomiso.
- e. La institución fiduciaria suele ser una institución de banca de desarrollo o el Banco de México.
- f. Se prevé expresamente que el fiduciario debe abstenerse de cumplir las resoluciones que dicte el comité técnico, contrarias al contrato de fideicomiso.
- g. En casos urgentes el fiduciario puede consultar directamente al gobierno federal a través del coordinador de sector.

- h. Los fideicomisos siempre son revocables por el gobierno federal.
- i. Los fideicomisos públicos se consideran entidades de la administración pública paraestatal y, por tanto, quedan sujetos a la Ley Federal de Entidades Paraestatales.³⁵

Como la misma ley lo establece, el propósito del fideicomiso público es impulsar las áreas prioritarias de desarrollo, al respecto nuestra Carta Magna refiere en sus artículos 25, 26 y 28 como le corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional mediante el fomento del crecimiento económico contando para ello con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de dichas áreas estratégicas y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por si o con los sectores social y privado.

El Dr. Jesús de la Fuente define al fideicomiso público de fomento como “aquel contrato a través del cual el Gobierno Federal, actuando a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su carácter de fideicomitente único de la administración pública centralizada, entrega a un banco de desarrollo, los recursos que han de conformar el patrimonio mediante el cual se cumplan los fines para los que fueron proporcionados, constituyéndose así una entidad auxiliar del Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, contando para ello con una estructura administrativa propia y un comité técnico”.³⁶

El mismo autor refiere que existe una legislación específica de este fideicomiso acorde con la finalidad de interés público que debe cumplir:

1. Regulación como integrante del sector bancario. Ya que el artículo 3º de la Ley de Instituciones de Crédito considera a los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico y a aquellos que para el desempeño de sus funciones que la Ley encomiende al Banco de México, como parte integrante del sistema bancario mexicano.

2. Regulación como entidad de la Administración Pública Federal. El artículo 4º de la Ley Federal de Entidades Paraestatales sujeta a este tipo de fideicomisos

³⁵ *Ibid.*, p.160.

³⁶ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 540.

en cuanto a su constitución, organización, funcionamiento, control, evaluación y regulación a su legislación específica, sin embargo, las materias y asuntos que su ley no regule le será aplicada aquélla.³⁷

Para el Dr. Acosta Romero el fideicomiso público viene a ser una variante del fideicomiso en general y sus normas están dispersas en una serie de leyes especiales, ya que no existe una ley que los regule en forma sistemática; es por ello que para este autor no existe en nuestra literatura jurídica un concepto de lo que debe entenderse por fideicomiso público.³⁸

Considera a esta figura como un "contrato por medio del cual, el Gobierno Federal, los gobiernos de los Estados o los ayuntamientos, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, con el carácter de fideicomitente, transmiten la titularidad de bienes del dominio público³⁹ (previo decreto o desincorporación), o del dominio privado de la Federación, entidad o municipios y afecta a fondos públicos, en una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito, de interés público".⁴⁰

De todo lo mencionado anteriormente, podemos decir que los elementos del fideicomiso público son los siguientes:

- El fideicomitente, que puede ser el Gobierno Federal, los gobiernos de las entidades federativas y los ayuntamientos de los municipios.
- El patrimonio fiduciario, cuyos bienes deben desafectarse del dominio público y pasar al dominio privado de la Federación mediante el respectivo decreto de desincorporación dictado por el Ejecutivo.
- El fiduciario.
- El objeto, que puede ser entre otros la inversión (de fondos públicos), el manejo y administración de obras públicas, la prestación de servicios o la producción de bienes para el mercado.

³⁷ Cfr *Ibid.*, p. 542.

³⁸ ACOSTA Romero Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 17ª ed., editorial Porrúa, México, 2004, p. 562.

³⁹ Los bienes de dominio público que el Estado detenta son inalienables porque no pueden ser objeto de propiedad privada ni estar en el comercio, tampoco pueden ser poseídos permanentemente por particulares y no prescriben a favor de los mismos, ni pueden ser embargables.

⁴⁰ ACOSTA Romero Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, *op.cit.*, p. 562.

En nuestro país la institución fiduciaria es una entidad del estado (ya sea el Banco de México o alguna institución de la banca de desarrollo) quien se encarga de disponer de los bienes y ejercitar los derechos correspondientes para llevar a cabo el cumplimiento del fideicomiso. Para ello, las autoridades con facultades de regulación y supervisión son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Secretaría de la Función Pública y la Controlaría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados.

El objeto de los fideicomisos públicos puede ser muy amplio y muy variable y sus fines también, pero estos últimos deben ser de interés público para satisfacer las necesidades colectivas, obtener mejores rendimientos de los elementos de la Administración Pública, optimizar esa actividad y tender a una mayor eficiencia y eficacia. Nos señala F. Malagón que estos fideicomisos son utilizados por el gobierno mexicano principalmente para implementar la creación, operación y mantenimiento de obras de infraestructura.⁴¹

El Gobierno Federal recurre a los fideicomisos públicos para procurar el desarrollo de ciertas regiones y sectores de la actividad económica no atendidos por las instituciones de crédito comerciales; algunos ejemplos de fideicomiso tenemos los siguientes:

- FEFA (Fondo Especial para Financiamientos Agropecuarios)
- FOCIR (Fondo de Capitalización e Inversión del Sector Rural)
- FOVI (Fondo de Operación y Financiamiento Bancario de la Vivienda)
- FONATUR (Fondo Nacional de Fomento al Turismo)
- FIDEC (Fondo para el Desarrollo Comercial).⁴²

“Las fuentes de fondeo de los fideicomisos públicos de fomento económico provienen principalmente de:

- La suma inicial que aporta el Gobierno Federal
- Sumas que con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público puedan canalizar las dependencias y entidades de la

⁴¹ F. MALAGÓN Jaime, *Fideicomiso y Concesión*, editorial Porrúa, México, 2002, p. 96.

⁴² Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, op. cit., p. 545.

administración pública federal para el desarrollo de los fines del fideicomiso.

- Cantidades que en el futuro pueda aportar el Gobierno Federal
- Del producto de recuperaciones y rendimientos provenientes de las inversiones y demás operaciones que con recursos del fideicomiso se realicen.
- Del producto de las primas que provengan del servicio de garantía que, en su caso, el fideicomiso otorgue y,
- De los recursos que obtenga el fiduciario por cuenta del fideicomiso, de fuentes nacionales o internacionales; y de los demás recursos que el Gobierno Federal señale o apruebe para incrementar el patrimonio fideicomitado".⁴³

3. EL SERVICIO DE BANCA Y CRÉDITO

3.1. CONCEPTO Y ANÁLISIS

La actividad de banca y crédito abarca muchas facetas, la primera que debe ser considerada es su estructura jurídica ya que proporciona las bases conforme a las cuales se organizan y establecen las instituciones, se regula su actividad, se conciertan sus operaciones y se establecen sus derechos. También deben tomarse en cuenta las ciencias, técnicas y métodos, y en especial la contabilidad, a través de la cual las instituciones registran día a día las diversas operaciones que realizan y que reflejan su equilibrio económico y funcional; otro factor a considerar es la selección, formación y desarrollo del personal; y finalmente se deben tomar en cuenta los usos y prácticas bancarias.⁴⁴

"La importancia actual de la banca radica fundamentalmente en su intervención en el fenómeno económico de captar fondos de quienes los poseen para derivarlas a quienes lo necesitan, en forma masiva y profesional, utilizando

⁴³ *Ibid.*, pp. 550 y 551.

⁴⁴ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 95.

toda la tecnología moderna que cada día es más sofisticada y ampliando también el espectro de los servicios financieros que proporciona y ha extendido su red de oficinas, tanto en el país de origen, como ahora ya en un nivel mundial.⁴⁵

“La banca actualmente se dedica en forma profesional y masiva a captar recursos del ahorro público o disponibilidades en efectivo de la población, para a su vez, transmitirlos a aquellos sectores que necesitan apoyo económico y financiero en el desarrollo de sus actividades”.⁴⁶

La Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 2º considera al servicio de banca y crédito como la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente,⁴⁷ quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. Excluye este mismo artículo a las actividades que celebren intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito, los cuales en ningún caso podrán recibir depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques.

Los intermediarios no bancarios son aquellas entidades debidamente autorizadas para realizar operaciones de intermediación financiera, y tenemos a:

- Organizaciones auxiliares del crédito
- Casas de bolsa
- Especialistas bursátiles
- Sociedades de inversión
- Sociedades financieras de objeto limitado

⁴⁵ ACOSTA Romero Miguel, op. cit., p. 305.

⁴⁶ ACOSTA Romero Miguel, cita a García Solórzano Bulmaro, *Ibid.*, p. 305.

⁴⁷ El pasivo contingente es el que se crea para prever la posibilidad de una situación futura que pudiera representar un adeudo para la empresa; se constituye por las obligaciones que están sujetas a la realización de un hecho, por el cual desaparecerán o se convertirán en pasivos reales, es decir, el intermediario financiero adquiere una obligación frente a un tercero por cuenta de un cliente determinado, la cual está sujeta a una condición suspensiva. El pasivo directo es la obligación que adquiere el intermediario frente al depositante o inversionista con motivo de la realización de actos jurídicos cuyo objeto es la captación de recursos financieros, siempre y cuando tales obligaciones estén sujetas a un plazo, o bien, que el intermediario tenga la certeza de que el cumplimiento de las mismas debe verificarse en un momento determinado.

Se ha planteado, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia y legislación de varios países, la cuestión de si la actividad bancaria constituye un servicio público o no, y si éste puede ser prestado por el Estado, por los particulares, por ambos o sólo por particulares concesionados por aquél.

Hasta antes de 1990 el artículo 28 constitucional establecía que la prestación del servicio de banca y crédito era prestado exclusivamente por el Estado a través de sus instituciones, posteriormente hubo una desmonopolización.

Para el tratadista Carlos Dávalos Mejía, la idea de servicio público se entiende de dos formas, la primera como el que se presta al público en general y la segunda, que el gobierno presta o concede a un particular para que éste lo preste. El término servicio público se refiere a los servicios que son del interés general, es decir, del interés del público y no del particular, en los cuales no hay posibilidad de una competencia efectiva entre un número adecuado de oferentes independientes, por lo que deben ser prestados, o cuando menos regulados por el Estado; y si en la prestación de un servicio público que estaba monopolizado, la eficiencia, los recursos financieros, o ambos, disminuyen, se justifica cancelar el monopolio para otorgar la concesión. La calificación de la banca y el crédito, y de cualquier otro servicio, como público, depende en grado principal de condiciones puramente situacionales que son sugeridas por el ánimo del gobernado y detectadas por el gobernador.⁴⁸

El Dr. Acosta Romero define el servicio público como una "actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas, básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de derecho público que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad; actividad que puede ser prestada por el Estado, o por los particulares, mediante concesión".⁴⁹

Para este mismo autor el servicio de banca y crédito tiene las siguientes características que denotan que se trata de un servicio público:

⁴⁸ Cfr. DÁVALOS Mejía Carlos, *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, 2ª ed., editorial Oxford University Press, México, 1992, pp. 479 y 480.

⁴⁹ DÁVALOS Mejía Carlos, cita a Acosta Romero miguel, *op. cit.*, p. 483.

- a. Es una actividad vigilada y que interesa al Estado.
- b. Comprende actividades técnicas
- c. Las concesiones o "autorizaciones" en virtud de las cuales se presta son intransmisibles
- d. Su régimen jurídico es de Derecho Público, mismo que garantiza la regularidad, adecuación, igualdad y continuidad de la prestación del servicio de que se trata.⁵⁰

Entender qué es el crédito resulta fundamental para comprender este tema; el vocablo crédito proviene del latín *creditum* que significa "creer", el cual guarda relación con vocablos como fe y confianza; que deberá tener el acreditante en que el acreditado habrá de restituirle el importe del crédito, así como los demás accesorios pagados. En el análisis de este concepto los estudiosos de la materia han coincidido en expresar que el crédito tiene una doble vertiente: económica y jurídica.⁵¹

Entre los estudiosos de la materia encontramos una amplia variedad de conceptos jurídicos de crédito, a continuación señalaré dos que considero claros y precisos:

- Joaquín Rodríguez Rodríguez expresa que la operación de crédito implica "una transmisión actual de la propiedad de dinero o de títulos, por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor cualquiera que sea la operación de crédito que consideremos encontraremos en la capacidad de contratación y transmisión actual de dominio a cambio de una contraprestación diferida [...]"⁵²

- Octavio Hernández señala que el crédito es "la institución económico jurídica en cuya virtud una persona entrega a otra un bien presente a cambio de la promesa de que se entregará al vencimiento de la obligación otro bien o su equivalente [...]"⁵³

⁵⁰ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, pp. 171 y 172.

⁵¹ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 29.

⁵² RUIZ Torres Humberto, cita a Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 30.

⁵³ RUIZ Torres Humberto, cita a Octavio Hernández, *Loc. cit.*

“Según el *Diccionario jurídico mexicano*, crédito es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado, y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de los mismos. También pueden prestarse servicios a crédito”. El mismo Diccionario señala que los elementos del crédito son que los elementos del crédito son la existencia de ciertos bienes, la transferencia o su disposición jurídica, de su titular a otra persona (la que los disfruta); el periodo durante el que se usan esos bienes y la obligación de restitución de los mismos, con el pago de la cantidad acordada por su uso.⁵⁴

El profesor Rogelio Guzmán en su libro de *Derecho Bancario y Operaciones de Crédito* nos remite a Raúl Cervantes Ahumada para citar que “habrá un negocio de crédito cuando el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante, traslada al sujeto pasivo, que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en el plazo convenido”.⁵⁵

Nos refiere el doctor De la Fuente que la función primordial de los bancos es la de captar recursos del público para colocarlos en el mismo público, por lo que el servicio por excelencia que define a la banca y justifica su existencia misma, es el crédito, ya que adquiere capitales a crédito con la intención de enajenarlos a través del otorgamiento de créditos.⁵⁶

Considero que el servicio de banca y crédito sí es un servicio público que requiere de previa autorización para poder ser prestado, y en el que el Estado desempeña un papel importante toda vez que ejerce una estricta supervisión sobre el mismo; además los intermediarios que se encargan de prestar este servicio deben contar con características específicas que los faculten para realizar

⁵⁴ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁵ GUZMAN Holguín Rogelio cita a Raúl Cervantes Ahumada, *Derecho Bancario y Operaciones de Crédito*, editorial Porrúa, México, 2002, p. 5.

⁵⁶ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 350.

actividades relativas al crédito, y que por tanto excluye a otros intermediarios tales como las casas de bolsa.

3.2. HISTORIA DE LA BANCA EN MÉXICO

Los primeros antecedentes de la actividad bancaria en México se dan durante la Colonia, etapa histórica en la que una de las principales actividades bancarias era el crédito ejercido por los comerciantes y las organizaciones eclesíásticas.

Existen dos antecedentes importantes en la etapa colonial:

- “El 2 de junio de 1774 Pedro Romero de Terreros, con autorización del gobierno español, estableció una institución llamada Monte de Piedad de Ánimas, cuyo objeto era el de otorgar préstamos prendarios a las clases pobres.
- En 1784 se fundó el Banco de Avío de minas, creado por el gobierno español, con el objeto de favorecer la minería que constituía la rama más importante de la industria mexicana, hecho que no se cumplió satisfactoriamente y dio como resultado su rápida desaparición”.⁵⁷

El libro *Lecciones de Derecho Bancario de Mendoza y Preciado* nos resume de la siguiente manera los datos históricos más relevantes de la banca en nuestro país:

Durante el periodo de consumación de la independencia (1821) a la instauración de la República (1867), la actividad bancaria fue prácticamente nula y el desarrollo del crédito fue mínimo, puesto que éste era operado básicamente por los mismos comerciantes o sus descendientes en la colonia.

El 16 de octubre de 1830 se promulgó la ley por la que se estableció un Banco de Avío para el fomento de la industria nacional, con un capital de un millón de pesos, el cual se extinguió por decreto el 23 de septiembre de 1842. El 17 de enero de 1837 se dieron a conocer las bases con las cuales se estableció un Banco Nacional de Amortización de Moneda de Cobre, se mandó cesar su acuñación y

⁵⁷ MENDOZA Martell Pablo y PRECIADO Briceño Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, 2ª ed., editorial Porrúa, México 2003, p. 18.

otras prevenciones sobre moneda que no fuera de oro o plata. La vida de este banco fue transitoria y también desapareció mediante decreto en 1941.⁵⁸

Tiempo después y de acuerdo a las disposiciones del Código de Comercio, el 22 de junio de 1864 se registraron la sociedad y los estatutos del que se considera el primer banco comercial mexicano, originalmente llamado London Bank of Mexico and South-America, Limited (antecedente de Banca Serfin).

El Código de Comercio de 1884 regulaba los bancos, en sus artículos 954 al 995, después se expide una concesión a favor del Banco Nacional de México (conocida como Banamex). Este código señalaba que para el establecimiento de cualquier clase de banco se requería autorización del Gobierno Federal, y que ninguna sociedad bancaria y ningún particular establecidos en el extranjero podrían tener en el país sucursales o agencias para cambiar los billetes que emitiesen, cualquiera que fuera la forma de éstos. Para 1881 un grupo de inversionistas franceses y mexicanos del Banco Franco-Egipcio fundó el Banco Nacional Mexicano, primero al que se autorizó establecer sucursales y agencias en las principales ciudades del país, se convierte entonces en la institución bancaria del gobierno, ya que éste se comprometió a no aceptar pagos con billetes que no fueran de dicho banco y a manejar sus fondos con su intermediación.⁵⁹

La primera Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, expedida durante el porfirismo, sólo consideraba como instituciones de crédito a los bancos de emisión, bancos hipotecarios y a los bancos refaccionarios; sometiendo sus funciones de vigilancia a la Secretaría de Hacienda.⁶⁰

Durante los primeros años de la Independencia de nuestro país, no hubo instituciones de crédito, no sólo por la carencia de dinero sino también porque el gobierno absorbía la totalidad de la oferta del crédito mediante diversas captaciones. En 1913, con la caída de Huerta en 1914, la banca se encontró en desastre; con el triunfo de la Revolución (de 1916 a 1921) se incautaron los bancos y desapareció casi totalmente el crédito, para dar paso a la usura y el préstamo

⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 18 y 19.

⁵⁹ Cfr. GUZMÁN Holguín Rogelio, *op. cit.*, pp. 20,21 y 23.

⁶⁰ Cfr. MENDOZA Martell Pablo y PRECIADO Briceño Eduardo, *op. cit.*, p. 21.

personal. Recién tomada la presidencia por Elías Calles, en 1924, se convocó la convención bancaria y en 1925 se adoptaron tres medidas pertinentes para superar tal situación: se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, se fundó la banca central con el monopolio de la emisión de moneda que se denominó Banco de México S.A. y se publicó su primera ley orgánica. A partir de entonces se normalizó la actividad bancaria tanto pública como particular y se creó la plataforma necesaria para sostener la estructura financiera que permitió el desarrollo de la actividad crediticia de nuestro país.⁶¹

Por su tiempo de vigencia sobrepasa la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de mayo de 1941, que inicia con lo que se denomina “banca especializada”, debido a que las concesiones otorgadas por el Gobierno Federal se referían a alguno de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito:

1. Ejercicio de la banca de depósito
2. Operaciones de depósitos de ahorro
3. Operaciones financieras con emisión de bonos generales y bonos comerciales
4. Operaciones de crédito hipotecario con emisión de bonos y garantía de cédulas hipotecarias
5. Operaciones de capitalización
6. Operaciones fiduciarias.⁶²

“Como una etapa más en el desarrollo del Derecho Bancario, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de marzo de 1976 las Reglas para el Establecimiento y Operación de Bancos Múltiples, en las que se precisaba que las instituciones interesadas en operar como banco múltiple, debían presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público una solicitud acompañada del proyecto de acuerdos de las asambleas accionistas, relativos a las fusiones conducentes a la

⁶¹ Cfr. DÁVALOS Mejía Carlos, *op. cit.*, pp. 496 y 497.

⁶² Cfr. MENDOZA Martell Pablo y PRECIADO Briceño Eduardo, *op. cit.*, p. 23.

constitución del banco múltiple, así como el plan de fusión de las sociedades respectivas, con indicación de las etapas en que debían llevarse a cabo".⁶³

El Dr. Jesús de la Fuente divide en tres etapas la evolución de la legislación bancaria:

a. Marco jurídico del sistema de banca privada (1897 a 1892). Esta etapa se compone de cuatro ordenamientos.

El primer ordenamiento es la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en 1925 (la cual instauró mayores controles sobre la actividad bancaria y señala los tipos de instituciones que integran al sistema, vinculando la función crediticia con la atención de los problemas nacionales).

El segundo ordenamiento es la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 (que originó el moderno sistema bancario tendiente a aumentar la concepción del crédito, suprime los bancos industriales, adiciona las cajas de ahorro, almacenes generales de depósito, y las compañías de fianzas y se regula por primera vez a los bancos de fideicomiso).

El tercer ordenamiento es la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 (la cual renunció al principio de especialización, ya que una institución podía efectuar diversas operaciones de crédito que dieron origen a dos tipos de bancos: instituciones de crédito e instituciones nacionales de crédito).

El cuarto lo es la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 (que da reconocimiento a los grupos financieros, permite el desarrollo internacional de la banca mexicana e incorpora a la banca múltiple al sistema).

b. Marco jurídico del sistema de banca nacionalizada (1982 a 1990).

Se expidió en 1982 un decreto de nacionalización de la banca privada en el que se expropió su patrimonio; se expidió decreto que estableció el control generalizado de cambios (tales como que la exportación e importación sólo podrá llevarse a cabo por conducto del Banco de México y la moneda extranjera o divisas no tendrán curso legal en México); se reformó el artículo 28 constitucional en su

⁶³ *Ibid.*, p. 25.

párrafo quinto para establecer la exclusividad del Estado en la prestación del servicio de banca y el 123 apartado B para incluir a los trabajadores bancarios; se crea la Ley Reglamentaria del Servicio Público de banca y crédito de 1985 que le otorgó al Estado la exclusividad del servicio de banca; y se adecuó el marco jurídico de los bancos en 1989.

c. Marco jurídico del sistema de banca reprivatizada (1990 a 2002).

En esta etapa se restableció el régimen mixto en la prestación del servicio de banca y crédito a través de reformas a la Constitución, cuyos objetivos eran:

- la creación de una nueva Ley de Instituciones de Crédito,
- permitir la propiedad privada mayoritaria en la prestación del servicio de banca y crédito,
- la sustitución de la concesión de la actividad de banca y crédito por una autorización, y
- la organización de los bancos múltiples como sociedades anónimas de capital fijo.⁶⁴

3.3. CONCEPTO DE DERECHO BANCARIO

El derecho bancario ha adquirido en nuestros tiempos gran importancia por la serie de normas que regula, a continuación se dan diversos conceptos de diferentes tratadistas.

Considero que el Dr. Luis Muñoz tiene razón al decir que el nacimiento del derecho bancario se debe a la insuficiencia de la Legislación Mercantil común para regular las nuevas operaciones que han surgido de la práctica, así como de su impotencia para proteger al público y a la economía colectiva contra los abusos y riesgos de los bancos.⁶⁵

⁶⁴ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, op. cit., pp.33-38.

⁶⁵ MUÑOZ Luis, *Derecho Bancario*, Cárdenas Editor, México, 2001, p. 1.

El Dr. Miguel Acosta Romero refiere al derecho bancario como “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”.⁶⁶ Así mismo, retoma el pensamiento de Rocco, quien afirma que el derecho bancario es “el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre particulares y entre las autoridades, nacidas del ejercicio de la actividad crediticia y bancaria, o asimiladas a éstas y aquéllas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial y administrativa”.⁶⁷

Para Pablo Mendoza Martell, “derecho bancario es una parte integrante del derecho financiero, es un conjunto de normas jurídicas de derecho público, privado y social que regulan la prestación del servicio de banca y crédito; la autorización, constitución, funcionamiento, operación, fusión, escisión, disolución y liquidación de los intermediarios financieros bancarios, así como la protección de los intereses del público, delimitando las funciones y facultades que en materia bancaria se atribuyeran las autoridades financieras mexicanas”.⁶⁸

Al profundizar más en su definición, este autor dice que el derecho bancario se conforma con normas de derecho público porque regula relaciones jurídicas de supra a subordinación entre el Estado y los particulares, investido el primero de potestad y autoridad; a su vez se integra también por normas de derecho privado por regular relaciones de coordinación entre particulares o entre el Estado y los particulares en un plano de igualdad, y finalmente se encuentra regulado por algunas normas de derecho social que se encargan de proteger la dignidad humana, en este caso en particular, por lo que hace a la protección de los intereses del público. Concluyendo que el derecho bancario norma la prestación del servicio de banca y crédito, mismo que supone la captación de los recursos del público en el mercado nacional para su colocación, servicio que se lleva a cabo a través de los intermediarios financieros bancarios que la propia ley determina.⁶⁹

⁶⁶ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁷ ACOSTA Romero Miguel, *cita a Rocco, op. cit.*, p. 113.

⁶⁸ MENDOZA Martell Pablo y PRECIADO Briceño Eduardo, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁹ *Cfr. Ibid.*, pp. 2 y 3.

Para el profesor Guzmán Holguín, "el derecho bancario es la rama de derecho público que regula la intermediación profesional en el comercio del dinero y el crédito, así como la organización, estructura y funcionamiento del sistema bancario y la forma en que el Estado ejerce la rectoría de dicho sistema".⁷⁰

El tratadista Ruiz Torres antes de dar su concepto de derecho bancario, remite a la definición del *Diccionario jurídico mexicano* que lo define como "[...] conjunto de normas que regulan la actividad de las empresas bancarias que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito. Se refiere a tres aspectos distintos: a) los sujetos bancarios, en cuanto a su estructura y funcionamiento; b) las operaciones bancarias y c) los objetos bancarios [...]"

Posteriormente dicho autor señala que "el derecho bancario es el conjunto de normas que regula a los sujetos de la intermediación financiera bancaria, su constitución y funcionamiento; las prohibiciones, sanciones administrativas y los delitos establecidos respecto de ellos; la protección de los intereses del público y las facultades de las autoridades de la materia".⁷¹

Para el doctor Jesús de la Fuente el derecho bancario se ubica dentro de las ciencias de las finanzas, la cual comprende los principios de la distribución de los gastos públicos e indica las condiciones de su aplicación, y por tanto dentro del derecho financiero que se encarga de exponer las normas jurídicas de las leyes que determinan la distribución de las cargas públicas, con el objeto de indicar una exacta interpretación. El derecho financiero tiene como finalidad estudiar aspectos jurídicos de las instituciones de crédito y casas de bolsa; en un sentido amplio es el conjunto de las legislaciones de 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 del público; partiendo de este concepto el autor arriba citado considera que el Derecho Financiero se integra por normas de Derecho: bancario, bursátil, de seguros, de fianzas, de organizaciones y actividades auxiliares del crédito, de ahorro y crédito popular y de agrupaciones financieras. Así pues

⁷⁰ GUZMÁN Holguín Rogelio, *op. cit.*, p. 1.

⁷¹ RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

define cada uno de dichos conceptos como el conjunto de normas jurídicas relativas a la constitución, funcionamiento y operación de las entidades financieras respectivas (en nuestro caso, las bancarias), así como la intervención de autoridades y la protección de los intereses del público.⁷²

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez el derecho bancario es el “conjunto de normas jurídicas relativas a la materia bancaria” (la cual supone sujetos, relaciones, objetos y términos), al desglosar su definición hace una exposición sistemática:

- instituciones de crédito como sujetos de derecho bancario
- operaciones de banca, como relaciones jurídicas típicas del derecho bancario y
- las cosas bancarias como objeto de aquellas operaciones.

A su vez considera que el derecho bancario se compone por normas de derecho público y de derecho privado, aclarando que esta mixtura de normas no es típica del derecho bancario, sino de todo el derecho mercantil actual.⁷³

Finalmente, fue consultado un Compendio de la actividad bancaria en el que “el Derecho Bancario es el conjunto de normas que regulan la actividad bancaria y financiera en general, referidas a sus relaciones con el Estado y con los particulares”. Es decir que hay un doble tipo de normas, de derecho público y de derecho privado, que rigen tres tipos de relaciones:

- la de los bancos y demás instituciones de crédito con el Estado;
- la de los bancos y demás instituciones de crédito entre sí, y
- la de los bancos y demás entidades financieras con los particulares.⁷⁴

De las anteriores definiciones y opiniones de diversos tratadistas, podemos deducir que el Derecho Bancario, a pesar de ser considerado por algunos como parte integrante del Derecho Mercantil, goza de autonomía por tener un objeto propio de estudio, sus propios principios y métodos, así como leyes específicas que rigen sus normas, las cuales pueden ser de carácter público o privado por el tipo de relaciones que se encargan de regular.

⁷² Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 4.

⁷³ Cfr. RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, *Derecho Bancario*, 9ª ed., editorial Porrúa, México, 1999, pp. 1 y 2.

⁷⁴ GILBERTO Villegas Carlos, *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, 2ª reimpr. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, T. I, pp. 109 y 111.

3.4. FUENTES DEL DERECHO BANCARIO

Las fuentes son las formas concretas que asume el derecho objetivo vigente en un tiempo y en un país dados, que en este caso en particular se materializa a través de los medios que generan las normas jurídicas del derecho bancario.

Las fuentes del derecho "son todas aquellas circunstancias sociales que dan origen a una norma jurídica, al margen de las numerosas clasificaciones que se han dado sobre ellas". Principalmente existen dos momentos en que surge la norma y que puede hablarse de fuentes del derecho:

- la creación, es decir, el momento en que se formula la norma por quien la hace o la proyecta, independientemente del procedimiento legislativo posterior;
- la supletoriedad, interpretación, aplicación y ejecución de la misma.⁷⁵

Al ser el derecho bancario parte del derecho mercantil, serán aplicables las disposiciones de los artículos 1º y 2º del Código de Comercio al tenor de los cuales, los actos de comercio se regirán por las disposiciones del Código y demás leyes mercantiles aplicables y a falta de disposiciones del mismo, se aplicarán las disposiciones de derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

El doctor Jesús de la Fuente refiere las fuentes primarias y supletorias del derecho financiero, en el primer caso se trata de legislaciones especializadas que integran el mismo (tales como la Ley de Instituciones de Crédito o la Ley del Mercado de Valores) y que son leyes marco que contemplan aspectos generales. En caso de las fuentes supletorias son leyes y usos o prácticas bancarias y mercantiles a través de los cuales se concreta la regla jurídica con el fin de subsanar las lagunas no previstas por el legislador.⁷⁶

En materia bancaria, la fuente formal primaria es la Ley de Instituciones de Crédito, que en su artículo 6º determina que en lo no previsto por la misma o por la

⁷⁵ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁷⁶ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

Ley del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente:

- . La legislación mercantil;
- I. Los usos y prácticas bancarios y mercantiles,
- . El Código Civil para el Distrito Federal;
- . El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de dicha ley.

Como se puede apreciar, en este orden jerárquico se encuentran en primer lugar las leyes especiales de la materia, no sólo específicamente bancarias. En cuanto a los usos bancarios podemos decir que son espontáneos y se refieren a actos repetidos, uniformes y constantes dentro del mercado bancario, siempre que no se opongan al derecho y al orden público y que tienen la finalidad de suplir la ausencia de regulación legal; en cambio, las prácticas bancarias implican la reiteración de una conducta frecuente, como reglas utilizadas en el gremio bancario y que se encuentran comprendidas en los manuales de operación de los bancos.⁷⁷

Respecto de la aplicación del Código Civil Federal se tiene para la aplicación de derecho común en tanto que este Código obliga a todos los habitantes de la República en caso de aplicarse supletoriamente por las leyes federales y tal como lo establece el artículo 2º del Código de Comercio⁷⁸. Finalmente, se encuentra el Código Fiscal de la Federación ya que tiene una mejor regulación en cuanto a las cuestiones de notificaciones e interposición de recursos administrativos.

Podemos resumir la jerarquía de las fuentes legales y consuetudinarias en materia bancaria de la siguiente forma:

- 1º Leyes especiales sobre instituciones y operaciones de crédito,
- 2º Legislación mercantil común,
- 3º Usos bancarios y mercantiles, y
- 4º Derecho común.

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 14 y 17.

⁷⁸ Artículo 2o. A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

3.5. INTERMEDIACION BANCARIA

Para comprender con mayor facilidad lo que implica la actividad de la intermediación bancaria debemos remitirnos a la intermediación financiera en primer término.

La intermediación, gramaticalmente hablando, es aquella acción que realiza un intermediario, es decir, quien media entre dos o más personas.⁷⁹

Expresa Fry Maxwell que la intermediación financiera es la actividad mediante la cual se obtienen fondos de los prestamistas para transferirlos a los prestatarios, en este proceso los intermediarios financieros desempeñan dos funciones económicas esenciales: crean dinero y manejan el mecanismo de pagos, y reúnen a ahorradores e inversionistas, a prestamistas y prestatarios.⁸⁰

Lo que distingue a los intermediarios financieros o las instituciones financieras de todas las demás actividades comerciales es que sus activos consisten primordialmente en créditos financieros; y dentro de estos mismos intermediarios financieros podemos encontrar dos clases: los intermediarios financieros bancarios (conformados por la banca múltiple y la banca de desarrollo) y los intermediarios financieros no bancarios (constituidos por los intermediarios bursátiles y las organizaciones auxiliares del crédito).

Los intermediarios financieros pueden definirse "como las empresas dedicadas habitualmente a intermediar con recursos financieros, esto es, recibir créditos del público en forma de depósitos y transferirlos en forma de préstamos",⁸¹ para la presente investigación los intermediarios financieros que nos interesan, son los bancos.

Los bancos tienen como objetivo "prestar un servicio público, desarrollar el papel de intermediación, captando recursos del público y ponerlos a disposición de

⁷⁹ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁰ MAXWELL Fry J., *Dinero, interés y banca en el desarrollo económico*, CEMLA FELABAN, México, 1990, p. 252.

⁸¹ GILBERTO Villegas Carlos, *op. cit.*, p. 21.

personas que los requieren para beneficio de sus actividades productivas, de distribución y consumo”.⁸²

“Desde el punto de vista jurídico, intermediario es toda persona que se coloca entre dos partes a fin de posibilitar la realización de un negocio jurídico, que en materia mercantil llevará siempre a agilizar el tráfico comercial, facilitando la circulación de la riqueza”.⁸³

“Los bancos son intermediarios en el crédito porque utilizan, en las operaciones activas, los mismos recursos que se captan con las operaciones pasivas que se realizan con el público en general”.⁸⁴

El derecho bancario se encarga de regular el servicio de banca y crédito (artículo 2º de la Ley de Instituciones de Crédito), a través del cual se lleva a cabo la intermediación bancaria, pues con esta intermediación los bancos captan los recursos del público para luego colocarlos en el mercado.

“Lo anterior permite concluir que los recursos captados por los intermediarios bancarios provienen del público ahorrador o inversionista que en determinado momento no los necesita y, como consecuencia, los deposita o invierte en un banco, dándole a éste la posibilidad de poner dichos recursos en manos de quienes los necesitan, a través de operaciones de financiamiento, dándose de esta manera el fenómeno conocido como intermediación bancaria o intermediación del dinero y del crédito”.⁸⁵

3.6. CLASIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES BANCARIAS

Como he mencionado en líneas anteriores, las instituciones de crédito se encargan de realizar operaciones de captación y colocación de recursos en el público, para ello realizan tres tipos de operaciones que se encuentran estipuladas en la Ley de

⁸² VARELA Juárez Carlos, *Marco Jurídico del Sistema Bancario Mexicano*, editorial Trillas, México, 2003, p. 67.

⁸³ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 347 y 348.

⁸⁴ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, cita a Gómez Gordillo Ismael, *loc. cit.*

⁸⁵ MENDOZA Martell Pablo y Preciado Briceño Eduardo, *op. cit.*, p. 9.

Instituciones de Crédito de la siguiente manera: pasivas, activas y de servicios. En las primeras se captan los recursos, las segundas colocan esos recursos y las terceras se consideran como neutras porque no captan ni colocan los recursos.

Afirma Guzmán Holguín: “las operaciones bancarias no tienen una naturaleza jurídica intrínsecamente especial y reciben tal nombre sólo por el hecho de que en ellas interviene al menos un banco”. Para este tratadista la operación bancaria es diferente de la operación de crédito, la cual debería ser contemplada como un negocio de crédito y no así como una operación (ya que hay un valor económico actual con la obligación de ser devuelto en un plazo convenido por las partes).⁸⁶

En contraposición a esta opinión, se encuentra la de Bauche Garciadiego quien considera que “la característica de las operaciones bancarias es que son operaciones de crédito masivamente realizadas, lo que a su vez da la base para la concepción jurídica de la empresa bancaria como aquella que realiza profesionalmente operaciones de crédito en masa”.⁸⁷

En mi opinión una operación bancaria es la que realiza un intermediario financiero bancario y, al ser el crédito la base del servicio de banca, es por tanto una operación que tendrá en la mayoría de sus casos una relación con el crédito por lo que no se le puede segmentar de la misma.

Como mencioné en el apartado de la Banca Múltiple, el artículo 46 resulta fundamental ya que enlista de manera general todas las operaciones que le están permitidas a la Banca Múltiple.

A continuación analizaré de forma más detallada cada una de las operaciones bancarias:

1. Operaciones Pasivas. “Es el convenio bilateral que se establece entre un cliente (acreedor) y un banco (deudor) donde el primero otorga la propiedad del

⁸⁶ GUZMÁN Holguín Rogelio, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁷ BAUCHE Garciadiego Mario, *Operaciones Bancarias*, 4ª ed., editorial Porrúa, México, 1981, p. 32.

dinero, y el segundo la disponibilidad del mismo, obligándose a restituir el débito más el pago de un interés al depositante”.⁸⁸

Se llaman pasivas porque se contrae un adeudo, y el banco es el responsable frente a los riesgos que se puedan contraer por la canalización de esos recursos, pues debe cubrir el importe principal más los accesorios pactados es por ello que la ley les exige mantener cierto capital neto y reservas preventivas en función de su cartera crediticia.

Conforme a lo anterior y con fundamento en el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, se consideran operaciones pasivas las siguientes fracciones de dicho precepto:

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

Agrega el doctor De la Fuente que estas operaciones son la manera tradicional de los bancos para captar recursos, pero existe la forma no tradicional que incluye los siguientes rubros contables:

- Acreedores por reporto
- Captación interbancaria
- Emisión de aceptaciones bancarias
- Operaciones pasivas denominadas en Unidades de Inversión (UDIS), y
- Financiamiento externo.⁸⁹

2. Operaciones Activas. “Es el convenio que se establece bilateralmente entre un banco (acreedor) que se compromete otorgar un crédito o préstamo y un cliente (deudor), persona física o moral que lo recibe con base en la confianza y

⁸⁸ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 353.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 354.

atributos de reputación y solvencia que satisfaga las exigencias del acreedor, el cual recibirá a cambio, después de un plazo, la suma que prestó más un interés".⁹⁰

En las operaciones activas la institución de crédito concede el crédito ya sea a una empresa o a un particular, entre otros, bajo ciertas condiciones establecidas por la misma institución.

Consideradas desde el punto de vista contable, se traducen en asientos del "haber" y en partidas del "activo" del balance, puesto que son derechos de crédito del banco.⁹¹

Para Pablo Mendoza Martell, son operaciones de colocación en las que los clientes deben pagar al banco los préstamos o créditos, así como los intereses pactados⁹² en el contrato correspondiente.

Siguiendo los lineamientos del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito se consideran operaciones pasivas las siguientes fracciones:

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

3. Operaciones de Servicios. "También conocidas como operaciones neutras o de gestión, son operaciones a través de convenios en los que se establece entre un cliente y un banco, la obligación del primero es cubrir una cantidad de dinero (comisión) y el del segundo, prestar determinados servicios".⁹³ Son operaciones que no captan recursos ni los colocan, sino que simplemente son para prestar algún servicio.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 381.

⁹¹ BAUCHE Garciadiego Mario, *op. cit.*, p. 35.

⁹² *Cfr.* MENDOZA Martell Pablo y Preciado Briceño Eduardo, *op. cit.*, p. 11.

⁹³ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 423.

Ruiz Torres define a estas operaciones como atípicas porque no implican por sí mismas la existencia de activos o pasivos para la institución.⁹⁴

Del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito se consideran operaciones de servicios las siguientes fracciones:

- I. Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas, en los términos de esta Ley;
- II. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia;
- III. Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisas, incluyendo reportos sobre estas últimas;
- IV. Prestar servicio de cajas de seguridad;
- V. Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes;
- VI. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;
- VII. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles;
- VIII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito;
- IX. Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras;
- X. Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas;
- XI. Desempeñar el cargo de albacea;
- XII. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;
- XIII. Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito;

⁹⁴ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 86.

3.7. NORMATIVIDAD BANCARIA

Existen múltiples disposiciones normativas que se encargan de regular el servicio de banca y crédito, ya sea de una manera mas o menos directa y específica. Dentro de esta serie de disposiciones que es menester señalar por su estrecha relación con el presente tema, tenemos las siguientes:

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Respecto de nuestra Carta Magna vale la pena citar los siguientes artículos:

Artículo 27. “[...] La capacidad de adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I [...]

II [...]

V. Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo [...]

Artículo 28. Este artículo ya ha sido tratado pero, a modo de recordatorio, se encarga de regular al banco central, sus características y su objetivo prioritario.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

[...]

V. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, 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 [...]

2. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que en su artículo 31 establece que a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público le corresponde la planeación, coordinación, evaluación y vigilancia del sistema bancario del país, con exclusión de lo que estipule la Ley del Banco de México.

3. La Ley de Instituciones de Crédito que para la presente investigación, es sin duda la más importante, pues se encarga de regular la intermediación financiera bancaria, así como establecer las normas de la estructura, organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, así como sus normas de vigilancia. Esta ley se tratará con más detenimiento en nuestro último capítulo.

4. Legislación Mercantil. Son todas las leyes que pueden aplicarse de manera supletoria conforme al artículo 6º de la Ley de Instituciones de Crédito, cabe mencionar entre ellas al Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, etc.

5. Leyes estrictamente bancarias de carácter federal que regulan la actividad financiera del país, tales como 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 del Impuesto Sobre la Renta, la Ley del Impuesto al Valor Agregado, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, entre otras mas.

6. Legislación Pararreglamentaria y las circulares.

Para el autor Carlos Dávalos Mejía, la normatividad bancaria se puede clasificar a partir de cuatro manifestaciones del espectro crediticio, las cuales se encuentran a su vez integradas por las leyes, reglamentos, circulares y otras formas de normatividad y son las siguientes:

1. La forma societaria de los bancos. A esta categoría le corresponden las reglas legales y reglamentarias necesarias para el funcionamiento del banco, encabezando esta categoría la Ley de Instituciones de Crédito.

2. El derecho de postítulos y contratos bancarios. Aquí incluye las normas legales y reglamentarias que tienen la responsabilidad de organizar la forma, seguimiento y resolución de las operaciones de captación, préstamo y servicio

neutral de los bancos; es el régimen legal de las operaciones bancarias y tiene como base a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

3. Las reglas de fijación de objetivos. A estas normas les corresponde el complejo de reglas destinadas a establecer cuál debe ser conforme a los planes gubernamentales la participación de los bancos y orientación primordialmente administrativa; se encuentra aquí la Ley de Planeación y el Plan Nacional de Desarrollo, entre otras.

4. El régimen de control y vigilancia. En este grupo se encuentran las reglas de la organización de la forma en la cual el gobierno vigila, fiscaliza y corrige las actividades de los bancos para que cumplan con sus objetivos asignados; incluye aquí también la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Banco de México, el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, entre otras más.⁹⁵

4. AUTORIDADES QUE EJERCEN ATRIBUCIONES EN MATERIA DE BANCA Y CRÉDITO EN MÉXICO

4.1. SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (SHCP)

a) Marco jurídico de la SHCP

El artículo 90 de nuestra Carta Magna es el fundamento legal que da sustento a ésta autoridad, dicho precepto dicta que “la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley orgánica que expida el congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación”.

⁹⁵ Cfr. DAVALOS Mejía Carlos, *op. cit.*, p. 567-569, 571 y 572.

De lo anterior se desprende que la SHCP es un organismo centralizado de la Administración Pública Federal de México, y su competencia se localiza en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Su marco jurídico se basa principalmente en nuestra Constitución, en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en las Leyes del Sistema Financiero Mexicano.

b) Facultades de la SHCP

Como mencioné antes el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece en sus 25 fracciones la competencia de la Secretaría y destacan las siguientes por ser las que se relacionan directamente con este estudio:

- VI. Realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público;
- VII. Planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito;
- VIII. Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares del crédito;

Para llevar a cabo dichas acciones, el doctor De la Fuente menciona que la SHCP propone:

- Líneas de política financiera, crediticia, bancaria y monetaria que fortalezcan el ahorro;
- Una adecuación del marco institucional, legal y estructural del sistema financiero a las condiciones económicas y financieras que van surgiendo;
- Coordinar a las Instituciones de Banca de Desarrollo, expidiendo sus Reglamentos Orgánicos.⁹⁶

⁹⁶ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 95.

Así mismo considera que la SHCP tiene las siguientes facultades que por su importancia en materia bancaria, vale la pena citar:

1. Autorizar la constitución, operación y fusión de las entidades financieras, otorgándoles a éstas de manera discrecional una autorización intransmisible que también puede revocar conforme a lo establecido por el artículo 28 de la Ley de Instituciones de Crédito.
2. Emitir disposiciones de carácter prudencial sobre las entidades financieras, que aseguren su solvencia, liquidez y adecuada disposición de las mismas.
3. Interpretar los preceptos legales para efectos administrativos, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación.
4. Intervenir en los delitos financieros a través de la Procuraduría antes citada.
5. Aplicar sanciones establecidas en las leyes financieras.
6. Aprobar las escrituras constitutivas de las entidades financieras, así como sus modificaciones.
7. Intervenir en las Comisiones Nacional Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas y del Sistema de Ahorro para el Retiro, designando a sus presidentes y vocales ante sus Juntas de Gobierno, autorizando anualmente sus presupuestos de ingresos y egresos, entre otras.
8. Resolver consultas.⁹⁷

Siguiendo los lineamientos de Miguel Acosta Romero, otras facultades importantes son las siguientes:

9. "Promover una adecuada descentralización del sistema bancario mexicano procurando evitar la excesiva concentración regional.
10. Resolver los recursos que interpongan los funcionarios de instituciones de crédito que sean removidos por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

⁹⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 95-101.

11. Determinar previa opinión del Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores las clasificaciones de activos y operaciones causantes de pasivo contingente.
12. Autorizar el establecimiento, cambio de ubicación y clausura de cualquiera de las oficinas y locales en el país o en el extranjero de las instituciones de crédito.
0. Dictar los lineamientos, medidas y mecanismos para procurar el mejor aprovechamiento y la canalización mas adecuada de los recursos de los bancos de desarrollo.
0. Determinar mediante disposiciones de carácter general las bases para la calificación de cartera de créditos de las instituciones de crédito, la documentación e información que deberán recabar para el otorgamiento, renovación y vigencia de créditos de cualquier naturaleza.
0. Autorizar la fusión de dos o más instituciones de banca múltiple.
0. Establecer el capital mínimo de los bancos de desarrollo.
0. Declarar como de interés publico, en nombre del Gobierno Federal, la constitución de fideicomisos.
0. Establecer, mediante disposiciones de carácter general, los lineamientos relativos a las medidas básicas de seguridad de las instituciones de crédito".⁹⁸

La estructura orgánica de esta Secretaría es tan amplia que basta con mencionar que su reglamento interior la subdivide en cuanto a sus Servidores Públicos y en cuanto a sus Unidades Administrativas Centrales (que a la vez cuentan con diferentes direcciones), en el primer caso su estructura es la siguiente:

- XVIII. Subsecretario de Hacienda y Crédito Público;
- XVIII. Subsecretario de Ingresos;
- XVIII. Subsecretario de Egresos;
- XVIII. Oficial Mayor;
- XVIII. Procurador Fiscal de la Federación, y
- XVIII. Tesorero de la Federación.

⁹⁸ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, pp. 208- 211.

4.2. COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (CNBV)

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores se constituyó por decreto del Ejecutivo Federal, expidiéndole su propia ley y estableciéndola como un órgano desconcentrado con autonomía técnica y facultades ejecutivas, que depende jerárquicamente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Lo anterior lleva a tratar lo que es la desconcentración de un órgano; el doctor de la Fuente señala una desconcentración administrativa por servicio, que "jurídicamente se entiende como un fenómeno de desdoblamiento de la personalidad del Estado, mediante el cual, éste se desprende del ejercicio directo de funciones que de suyo le corresponden, para delegar su gestión en mandatarios de la voluntad del propio Estado [...] a fin de facilitar su realización, propiciar su mayor eficacia y congruencia, y sustraerlas de los inconvenientes del aparato burocrático. Las características de los órganos desconcentrados son las siguientes:

- son creados por ley o reglamento;
- tienen facultades específicas para resolver sobre la materia que les corresponde, dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables;
- carecen de personalidad jurídica;
- existe subordinación jerárquica hacia una dependencia".⁹⁹

La desconcentración, de acuerdo con el Dr. Acosta Romero, "consiste en una forma de organización administrativa en la cual se otorgan al órgano desconcentrado determinadas facultades de decisión y ejecución, limitadas por medio de diferentes normas legales que le permite actuar con mayor rapidez, eficacia y flexibilidad, así como el tener un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio, sin dejar de existir el nexo de jerarquía".¹⁰⁰

⁹⁹ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁰ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 215.

a) Facultades de la Comisión

“Las instituciones de crédito tienen como función primordial la captación de recursos del público para colocarlos de modo rentable entre quienes lo requieren [...] La preservación y el mantenimiento de este atributo es responsabilidad del Estado, quien la ejerce por medio de mecanismos de regulación y supervisión, esta última a través de un organismo altamente especializado: la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”.¹⁰¹

Ahora bien, el artículo 2º de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores establece su objeto, que consiste en supervisar y regular en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público. También tiene por objeto supervisar y regular a las personas físicas y demás personas morales, cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al sistema financiero.

En complemento a lo antes citado, y derivado del 4º artículo de la Ley de la CNBV, menciono algunas de sus principales funciones que se encuentran directamente relacionadas con nuestro tema:

- Procurar a través de los procedimientos establecidos en las leyes que regulan al sistema financiero, que las entidades cumplan debida y eficazmente las operaciones y servicios, en los términos y condiciones concertados, con los usuarios de servicios financieros;
- Autorizar la constitución y operación, así como determinar el capital mínimo, de aquellas entidades que señalen las leyes;
- Investigar aquellas personas físicas y morales que no siendo entidades del sector financiero, hagan suponer la realización de operaciones violatorias de las leyes que rigen a las citadas entidades, pudiendo al efecto ordenar visitas de inspección a los presuntos responsables;
- Imponer sanciones administrativas por infracciones a las leyes de la materia;

¹⁰¹ VARELA Juárez Carlos, *op. cit.*, p. 264.

- Conocer y resolver sobre el recurso de revocación que se interponga en contra de las sanciones aplicadas, así como condonar total o parcialmente las multas impuestas.

Derivado de la ley de la CNBV se tiene que ésta realiza una supervisión que debe sujetarse al Reglamento que al efecto haya expedido previamente la autoridad competente el Ejecutivo Federal y comprenderá el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia, prevención y corrección. Esta supervisión tiene por objeto evaluar los riesgos a que están sujetas las entidades financieras, sus sistemas de control y la calidad de su administración, a fin de procurar que las mismas mantengan una adecuada liquidez, sean solventes y estables y, en general, se ajusten a las disposiciones que las rigen y a los usos y sanas prácticas de los mercados financieros. Asimismo, por medio de la supervisión se evaluarán de manera consolidada los riesgos de entidades financieras agrupadas o que tengan vínculos patrimoniales, así como en general el adecuado funcionamiento del sistema financiero.

b) De la inspección

De lo anterior se deriva que las principales funciones de la Comisión son las de inspección y vigilancia, la inspección se fundamenta en el artículo 133 de la Ley de Instituciones de Crédito.

La palabra inspección deriva del latín *inspectio* que significa observación, diligencia y revisión. La inspección abarca dos supuestos, la inspección preventiva y la represiva, y su objeto fundamental es controlar y comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales mediante la práctica de visitas, el examen de expedientes y documentos y la vigilancia. En muchos casos, de la inspección deriva conocer el incumplimiento de obligaciones a cargo de los particulares y sobre el particular.¹⁰²

Conforme al artículo al inicio mencionado, la Inspección se efectúa a través de visitas que tienen por objeto: revisar, verificar, comprobar y evaluar los recursos,

¹⁰² Cfr. Acosta Romero Miguel, *op. cit.*, p. 221.

obligaciones y patrimonio, así como las operaciones, funcionamiento, sistemas de control y en general, todo lo que pudiera afectar la posición financiera y legal, a fin de que se ajusten al cumplimiento de las disposiciones que las rigen y a las sanas prácticas de la materia. Estas visitas pueden ser:

- Ordinarias, se llevarán a cabo de conformidad con el programa anual que apruebe el presidente de la Comisión;

- Especiales, se practicarán siempre que sea necesario a juicio del Presidente para examinar y, en su caso, corregir situaciones especiales operativas;
y

- De investigación, que tendrán por objeto aclarar una situación específica.

Además de las visitas, la inspección se apoya en la verificación de operaciones y auditoría de registros y sistemas, en las instalaciones o equipos automatizados de las entidades financieras, para comprobar el estado en que se encuentran estas últimas.

El Dr. Acosta Romero considera que los objetivos que persigue la inspección bancaria son:

- Legal. Este objetivo persigue la debida observancia del régimen jurídico que constituido por leyes, reglamentos y diversas disposiciones generales o especiales norman el buen funcionamiento del sistema bancario.
- Técnico-contable. Respecto de la operación de las instituciones u organizaciones, con el objeto de establecer la situación financiera de las mismas.
- Social. Para proteger los intereses de terceros aportadores de los recursos con que la Banca opera; las revisiones que realiza tienden a comprobar las inversiones que efectúan las instituciones con los recursos propios y ajenos que manejan.¹⁰³

¹⁰³ Cfr., *ibid.*, p. 222.

c) De la vigilancia

Los artículos 134 y 134 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito determinan que la vigilancia se lleva a cabo a través de dos tipos de medidas que adopta la Comisión para alcanzar su fin, las cuales pueden ser:

- Preventivas, para preservar la estabilidad y solvencia de las instituciones y
- Normativas, para definir criterios y establecer reglas y procedimientos a los que deban ajustar su funcionamiento, conforme a lo previsto en la Ley de Instituciones de Crédito.

Siguiendo los lineamientos de esta Ley, el fin que persigue la vigilancia realizada por la Comisión, es cuidar que las instituciones cumplan con las disposiciones de la multicitada ley y las que deriven de la misma, atendiendo a las observaciones e indicaciones de la Comisión, como resultado de las visitas de inspección practicadas. Para ello, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores emite reglas de carácter general (que incluyen medidas correctivas), clasificando a las instituciones en niveles, según su adecuación a los requerimientos de capitalización emitidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las cuales podrán tomar en cuenta indicadores que reflejen el grado de estabilidad y solvencia de cada institución.

La vigilancia se realizará por medio del análisis de la información económica y financiera, a fin de medir posibles efectos en las entidades financieras y en el sistema financiero en su conjunto.

Finalmente, la prevención y corrección se llevarán a cabo mediante el establecimiento de programas, de cumplimiento forzoso para las entidades financieras, tendientes a eliminar irregularidades.

La Comisión para la consecución de su objeto y el ejercicio de sus facultades contará con:

- I. Junta de Gobierno;
- II. Presidencia;

- III. Vicepresidencias;
 - . Contraloría Interna;
 - . Direcciones Generales, y
 - . Demás unidades administrativas necesarias.

4.3. BANCO DE MÉXICO

El Banco de México es una persona de derecho público, su fundamento jurídico ha sido tratado anteriormente, por lo que en este punto me dedicaré a tratarlo como autoridad en materia bancaria.

El Banco de México tiene un doble carácter, el de institución financiera y el de autoridad, ya que tiene diversas facultades referidas, por una parte, la realización de operaciones y, por la otra, la expedición de normas de carácter general.¹⁰⁴

“El Banco de México es el Banco Central de la Nación, tiene la exclusividad en la emisión de la moneda, es el banco de los bancos, el banco del gobierno federal y asesor financiero y económico de este último. Además tiene facultades constitucionales para regular la intermediación y los servicios financieros”.¹⁰⁵

El Marco Jurídico del Banco de México es el siguiente:

- Artículo 28 Constitucional (párrafos sexto y séptimo);
- Ley del Banco de México;
- Reglamento Interior;
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG);
- Reglamento del Banco de México relativo a la LFTAIPG.

Vale la pena aludir al artículo segundo de la Ley del Banco de México pues indica cuál es la finalidad del mismo:

¹⁰⁴ Cfr. BORJA Martínez Francisco, *El Banco de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 117.

¹⁰⁵ RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 99.

- Proveer a la economía del país de moneda nacional.
- En la consecución del punto anterior, tendrá como objetivo prioritario procurar la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda.
- Promover el sano desarrollo del sistema financiero.
- Propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos.

Para la ejecución de los puntos arriba mencionados, el Banco de México tiene la facultad de expedir disposiciones que regulen ese ámbito y aplicar las sanciones correspondientes que preserven la efectividad de las normas contenidas en su ley.

Para Ruiz Torres, el Banco de México realiza una serie de facultades que se encuentran asignadas dentro de la Ley de Instituciones de Crédito y las determina así:

1. "Expedir las disposiciones conforme a las cuales las instituciones de crédito realicen las operaciones financieras conocidas como derivados (art. 46, fracc. XXV).

2. Determinar que las operaciones activas, pasivas, y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible (art. 48).

3. Determinar formalización, plazos y prórrogas de los reportos¹⁰⁶ (art. 54).

4. Autorizar la emisión de obligaciones subordinadas (art. 64).

5. Emitir reglas generales respecto a las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito, en cumplimiento de contratos de fideicomiso, mandato, comisión y de administración (art. 81).

6. Descontar cartera de las instituciones de crédito (art. 93).

7. Solicitar información y documentos, en el ámbito de su competencia, a las instituciones de crédito (art. 97).

¹⁰⁶ El reporto puede definirse como el contrato por medio del cual el reportador, ordinariamente el banco, adquiere de un tercero (reportado) títulos valores mediante el pago de un precio con la obligación de transferirle los mismos u otros de idéntica especie, contra el reconocimiento de un precio aumentado o del mismo precio, más una prima, comisión o interés.

8. Emitir disposiciones de las sociedades financieras de objeto limitado. (art. 103, fracc. IV)

9. Cargar, en la cuenta de las instituciones de crédito, el importe de las multas impuestas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que no admitan medio de defensa alguno (art. 110)¹⁰⁷.

4.4. COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS FINANCIEROS (CONDUSEF)

Esta Comisión es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, creado el 18 de enero de 1998 con la publicación de la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, y su objetivo prioritario es procurar la equidad en las relaciones que se dan entre los usuarios y las Instituciones Financieras, ofreciendo a los primeros elementos para fortalecer la seguridad jurídica en las operaciones que realicen y en las relaciones que establezcan con dichas instituciones.¹⁰⁸

La CONDUSEF debe promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos y para la consecución de ello, tiene las siguientes facultades que le otorga su propia ley:

1. Atender y resolver las consultas y reclamaciones que le presenten los usuarios, sobre asuntos de su competencia;

2. Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio entre el usuario y la institución financiera en los términos previstos en esta Ley, así como entre una Institución Financiera y varios Usuarios, exclusivamente en los casos en que éstos hayan contratado un mismo producto o servicio, mediante la celebración de un solo contrato;

¹⁰⁷ RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁸ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 264.

3. Actuar como árbitro en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho de conformidad con esta ley, en los conflictos originados por operaciones o servicios que hayan contratado los usuarios con las instituciones financieras, así como emitir dictámenes técnicos;

4. Prestar el servicio de orientación jurídica y asesoría legal a los usuarios, en las controversias entre éstos y las instituciones financieras que se entablen ante los tribunales, con motivo de operaciones o servicios que los primeros hayan contratado; así como respecto de prestatarios que no corresponden al sistema financiero, siempre y cuando se trate de conductas tipificadas como usura y se haya presentado denuncia penal;

5. Proporcionar a los usuarios los elementos necesarios para procurar una relación más segura y equitativa entre éstos y las instituciones financieras;

6. Coadyuvar con otras autoridades en materia financiera para lograr una relación equitativa entre las instituciones financieras y los usuarios, así como un sano desarrollo del sistema financiero mexicano;

7. Emitir recomendaciones a las autoridades federales y locales, así como a las instituciones financieras para coadyuvar al cumplimiento del objeto de la ley de la presente Comisión;

8. Formular recomendaciones al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría, para la elaboración de iniciativas de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos en las materias de su competencia;

9. Concertar y celebrar convenios con las instituciones financieras, así como con las autoridades federales y locales;

10. Elaborar estudios de derecho comparado relacionados con las materias de su competencia, y publicarlos para apoyar a los usuarios y a las instituciones financieras;

11. Celebrar convenios con organismos y participar en foros nacionales e internacionales, cuyas funciones sean acordes con las de la Comisión Nacional;

12. Proporcionar información a los usuarios relacionada con los servicios y productos que ofrecen las instituciones financieras, y elaborar programas de difusión con los diversos beneficios que se otorguen a los Usuarios;

13. Analizar y, en su caso, autorizar, la información dirigida a los usuarios sobre los servicios y productos financieros que ofrezcan las instituciones

financieras, cuidando en todo momento que la publicidad que éstas utilicen sea dirigida en forma clara, para evitar que la misma pueda dar origen a error o inexactitud;

14. Informar al público sobre la situación de los servicios que prestan las instituciones financieras y sus niveles de atención;

15. Orientar y asesorar a las instituciones financieras sobre las necesidades de los Usuarios;

16. Revisar y, en su caso, proponer modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por instituciones financieras para la celebración de sus operaciones o la prestación de sus servicios,

17. Revisar y, en su caso, proponer a las instituciones financieras, modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los Usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados;

18. Solicitar la información y los reportes de crédito necesarios para la substanciación de los procedimientos de conciliación y de arbitraje a que se refiere la Ley de la presente Comisión;

19. Imponer las sanciones y medidas de apremio establecidas en su ley;

20. Conocer y resolver sobre el recurso de revisión que se interponga en contra de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional;

21. Las demás que le sean conferidas por la Ley o cualquier otro ordenamiento.¹⁰⁹

Conforme a la ley de esta Comisión, se entiende por usuario de la CONDUSEF, en singular o plural, a la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga algún derecho frente a la institución financiera como resultado de la operación o servicio prestado.

a) Procedimiento de conciliación

La palabra conciliación en su raíz latina significa componer, ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí, es decir, es la avenencia sin necesidad de juicio; su finalidad es la resolución de una controversia con agilidad y rapidez.¹¹⁰

¹⁰⁹ Cfr., *ibid.*, pp. 266-272.

¹¹⁰ VARELA Juárez Carlos, *op. cit.*, p. 275.

Conforme a Ley de la CONDUSEF, se puede resumir que esta última se desempeña con el papel de conciliador entre las instituciones financieras y los usuarios, para proteger los intereses de los mismos. Sin embargo, no conoce de reclamaciones que deriven de variaciones de las tasas de interés pactadas entre el usuario y la Institución Financiera, así como las notoriamente improcedentes.

Siguiendo los lineamientos de la Ley de la CONDUSEF, el procedimiento de conciliación se desenvuelve de la siguiente manera:

- El usuario presenta su reclamación por comparecencia, en forma escrita o por algún otro medio idóneo; con sus datos, así como el servicio que reclama y una relación sucinta de hechos que motivaron la reclamación y la documentación que ampare la misma. Con la presentación del documento se interrumpe la prescripción de acciones legales por el tiempo que dure el procedimiento.

- Se correrá traslado a la institución financiera de la reclamación en su contra, en un plazo que no exceda de cinco días hábiles a partir de que la reclamación fue presentada, señalando con el traslado la fecha de audiencia.

- En un plazo no mayor a veinte días, se debe citar a las partes a una audiencia de conciliación, en la que si no se presenta el usuario, se le tendrá por desistido su derecho; y si la institución no presenta durante este periodo o hasta el día de la audiencia un informe por escrito a través de su representante, entonces se le tendrá por cierto lo manifestado por el usuario.

- Sólo a petición del usuario o si así lo considera necesario la Comisión, podrá requerir información adicional a la institución financiera, difiriendo la audiencia y señalando nueva fecha.

- En audiencia se exhorta a las partes a conciliar intereses, si no es posible, entonces deben designar un árbitro y decidir si el juicio arbitral será en amigable composición o en estricto derecho, la Comisión sentará acta de esto.

- Cuando la Comisión suponga la procedencia del acto reclamado y previa solicitud del usuario, podrá emitir un dictamen técnico que contenga su opinión entregando a costa del reclamante copia certificada que podrá hacer valer ante los tribunales competentes.

Este dictamen técnico lo define el Dr. Jesús de la Fuente “como el instrumento de contenido financiero-legal que, con el carácter de medio probatorio y

al amparo de conocimientos especializados, persigue aportar elementos al juez para deducir consecuencias indispensables al conocimiento de la verdad de los hechos controvertidos en un asunto determinado”.¹¹¹

b) Procedimiento de arbitraje

“El arbitraje es el acuerdo de dos o más voluntades para resolver las controversias, diferencias, disputas o conflictos que puedan surgir en una relación, ya sea de carácter privado o comercial, mediante la resolución de un tercero denominado árbitro”.¹¹²

El arbitraje puede ser:

1. En amigable composición. En este tipo de arbitraje, el tercero que conoce del asunto tiene la libertad de resolver la controversia según las reglas de equidad y justicia y a su decisión se le denomina fallo en conciencia.¹¹³

En el convenio que fundamenta el juicio arbitral en amigable composición, las partes facultarán, a su elección, a la Comisión Nacional o a alguno o algunos de los árbitros propuestos por ésta para resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada la controversia planteada, y fijarán de común acuerdo y de manera específica las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje, estableciendo las etapas, formalidades, términos y plazos a que deberá sujetarse el arbitraje.

2. De estricto derecho. Este tipo de arbitraje se da cuando los árbitros se sujetan a resolver la controversia atendiendo las reglas del derecho positivo ya sean sustantivas o adjetivas,¹¹⁴ y se sujetará como mínimo a los plazos y bases siguientes (art. 75 de la ley de la CONDUSEF):

- La demanda se presenta dentro del plazo que voluntariamente hayan acordado las partes, el cual no podrá exceder de nueve días hábiles; a falta de acuerdo entre ellas, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración del convenio, debiendo el actor acompañar al escrito la documentación en que se funde

¹¹¹ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 1368.

¹¹² *Ibid.*, p. 1369.

¹¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 1376.

¹¹⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 1378.

la acción y las pruebas que puedan servir a su favor en el juicio o en su caso ofrecerlas;

- La contestación a la demanda también se presenta dentro del plazo que voluntariamente hayan acordado las partes, el cual no podrá exceder de nueve días hábiles; a falta de acuerdo entre ellas, dentro de los seis días hábiles siguientes a la notificación de la misma, debiendo el demandado acompañar a dicho escrito la documentación en que se funden las excepciones y defensas correspondientes, así como las pruebas que puedan servir a su favor en el juicio o en su caso ofrecerlas;

- Salvo convenio expreso de las partes, contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, se dictará auto abriendo el juicio a un periodo de prueba de 15 días hábiles, de los cuales los cinco primeros serán para ofrecer aquellas pruebas que tiendan a desvirtuar las ofrecidas por el demandado y los diez restantes para el desahogo de todas las pruebas. Cuando a juicio del árbitro y atendiendo a la naturaleza de las pruebas resulte insuficiente el mencionado plazo, éste podrá ser ampliado por una sola vez.

Se tendrán además como pruebas todas las constancias que integren el expediente, aunque no hayan sido ofrecidas por las partes;

- Los exhortos y oficios se entregarán a la parte que haya ofrecido la prueba correspondiente, para que los haga llegar a su destino, para lo cual tendrá la carga de gestionar su diligenciación con la debida prontitud.

- Las partes contarán con ocho días comunes para formular alegatos;

- Una vez concluidos los términos fijados, sin necesidad de que se acuse rebeldía, el procedimiento seguirá su curso y se tendrá por perdido el derecho que debió ejercitarse, salvo en caso de que no se presente la demanda, supuesto en el que se dejarán a salvo los derechos del reclamante;

- Los términos son improrrogables, se computarán en días hábiles y, en todo caso, empezarán a contarse a partir del día siguiente a aquél en que surtan efectos las notificaciones respectivas;

- En caso de que no exista promoción de las partes por un lapso de más de 60 días, contado a partir de la notificación de la última actuación, operará la caducidad de la instancia.

- El laudo resolverá la controversia planteada y sólo admitirá como medio de defensa el juicio de amparo.

Finalmente cabe mencionar que se aplicará supletoriamente el Código de Comercio, y a falta de disposición en dicho Código, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

4.5. INSTITUTO PARA LA PROTECCIÓN AL AHORRO BANCARIO (IPAB)

El IPAB es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, creado con fundamento en la Ley de Protección al Ahorro Bancario publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en 1999, la cual tiene como objetivos principales establecer un sistema de protección al ahorro bancario en favor de las personas que realicen cualquiera de las operaciones garantizadas, en los términos y con las limitantes que la misma determina y regular los apoyos financieros que se otorguen a las instituciones de banca múltiple para la protección de los intereses del público ahorrador.

El IPAB, conforme al artículo 67 de su ley, tiene por objeto:

- I. Proporcionar a las Instituciones, en beneficio de los intereses de las personas que realicen cualquiera de las operaciones garantizadas, un sistema para la protección del ahorro bancario que garantice el pago, a través de la asunción por parte del Instituto, en forma subsidiaria y limitada, de las obligaciones establecidas en su Ley, a cargo de dichas instituciones, y
- II. Administrar los programas de saneamiento financiero que formule y ejecute en beneficio de los ahorradores y usuarios de las instituciones y en salvaguarda del sistema nacional de pagos.

Para que el IPAB lleve a cabo su objeto cuenta con diversas atribuciones, las que se encuentran más estrechamente relacionadas con esta investigación son las siguientes:

1. Asumir y, en su caso, pagar en forma subsidiaria, las obligaciones garantizadas a cargo de las instituciones.

2. Recibir y aplicar los recursos que se autoricen en los correspondientes Presupuestos de Egresos de la Federación, para apoyar de manera subsidiaria el cumplimiento de las obligaciones, así como para instrumentar y administrar programas de apoyo a ahorradores y deudores de la banca.

3. Suscribir y adquirir acciones ordinarias, obligaciones subordinadas convertibles en acciones y demás títulos de crédito emitidos por las Instituciones que apoye.

4. Suscribir títulos de crédito, realizar operaciones de crédito, otorgar garantías, avales y asumir obligaciones.

5. Participar en sociedades, celebrar contratos de asociación en participación o constituir fideicomisos.

6. Otorgar financiamiento a las Instituciones, como parte de los programas de saneamiento, o cuando con él se contribuya a incrementar el valor de recuperación de los Bienes, y no sea posible obtener financiamientos de fuentes alternas en mejores condiciones.

7. Llevar a cabo la administración cautelar de las Instituciones.

8. Fungir como liquidador o síndico de las Instituciones.

9. Obtener financiamientos conforme a los límites y condiciones establecidos en su ley y exclusivamente para desarrollar con los recursos obtenidos, acciones de apoyo preventivo y saneamiento financiero de las Instituciones.

10. Defender sus derechos ante los tribunales o fuera de ellos y ejercitar las acciones judiciales o gestiones extrajudiciales que le competan, así como comprometerse en juicio arbitral.

12. Evaluar de manera permanente el desempeño que las Instituciones y los terceros especializados, en su caso, tengan con respecto a la recuperación, administración y enajenación de bienes.

El doctor de La Fuente considera que las funciones del IPAB se orientan en las siguientes direcciones:

- Gobierno y administración del sistema
- Garantía de los depósitos
- Prevenciones de las situaciones de crisis

- Otras¹¹⁵

El IPAB es quien asume las obligaciones que se encuentran garantizadas a cargo de las instituciones, de acuerdo con lo establecido por su propia ley; uno de los fines fundamentales del IPAB es sanear las finanzas, para ello suscribe títulos de crédito, realiza operaciones de crédito, otorga garantías, avales y asume obligaciones. Estas obligaciones garantizadas son los depósitos, préstamos y créditos establecidos en las fracciones I y II del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito,¹¹⁶ y las instituciones, posterior a esta garantía, tienen la obligación de informar a las personas usuarias de sus servicios sobre el tipo y monto de dichas operaciones.¹¹⁷

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 231.

¹¹⁶ Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero: a la vista; retirables en días preestablecidos; de ahorro; y a plazo o con previo aviso;

II. Aceptar préstamos y créditos;

¹¹⁷ QUINTANO Adriano Elvia Arcelia, *Derechos de los usuarios de la banca*, editorial UNAM, México, 2000, p. 58.

CAPÍTULO II. SECRETO BANCARIO

3. EL SECRETO FINANCIERO

1.1. SECRETO PROFESIONAL

“Desde que dos o más seres humanos se reúnen para convivir, la vida en común les impone una doble exigencia: el sacrificio de una parte de su individualidad, como medio para obtener la fusión con el grupo y la preservación o mantenimiento del resto de esa individualidad, que no alcanza a fusionarse.

La prestación de servicio para satisfacer necesidades de los demás, permite o mejor dicho implica para el servidor su penetración dentro de la vida del servido, en esos planos que normalmente deben quedar exentos de comunicación. Ello hace que este último quede, en cierto modo, dependiente del primero en cuanto a su discreción y que la libertad del servido se vea disminuida por la necesaria irrupción del servidor en su esfera íntima y personal, con la consiguiente amenaza de llegar a ser aún más revelada, si la reserva de quien presta el servicio no impide el acceso de otras personas más[...] Tal es, en esencial la situación que presenta el secreto llamado comúnmente profesional, esto es, el secreto surgido con ocasión de un servicio cuya prestación requiere determinado saber científico o técnico en quien lo realiza [...]”¹¹⁸

El desarrollo de las relaciones sociales implica el manejo de información general o confidencial de otras personas, en especial derivadas de prestación de servicios en las que para su realización, es necesario contar con ciertos datos considerados como personales, que son proporcionados por su titular en el entendido de que habrá confidencialidad de por medio.

Secreto proviene “de la palabra latina *sertum*, es decir, lo oculto, lo ignorado; es una derivación del verbo *secernere*, que significa segregar, separar, apartar. El

¹¹⁸ ARROYO Soto Augusto, *El secreto profesional del abogado y del notario*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1980 (Serie G, Estudios Doctrinales, 39), pp. 21 y 22.

Diccionario de la Lengua Española lo define como lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto".¹¹⁹

También, puede entenderse por secreto "el conocimiento de situaciones que se tienen reservadas: reserva, arcano, sigilo, lo que se oculta".¹²⁰

El secreto profesional se basa en la ética profesional de quien conoce ciertos hechos y en las reglas de orden público que establece la sociedad con el fin de proteger la vida privada o la seguridad jurídica de las personas que han puesto en conocimiento de los profesionistas, hechos o datos.¹²¹

"Para Manzini, el secreto profesional es un concepto de relación que indica: el límite puesto por una volunta jurídicamente autorizada a la cognoscibilidad de un hecho o una cosa, de modo que estén destinados a permanecer ocultos a toda persona distinta del depositario, o al menos, de aquéllos a quienes no lo revele el que tiene poder de hacer desaparecer las limitaciones".¹²²

Para el tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez, "el secreto profesional comprende: primero, las cifras de balances, negocios, estados de cuentas y demás datos que tenga el banco de sus clientes; segundo, datos sobre las operaciones en sí, en su conjunto o parcialmente; tercero, los hechos conocidos con motivo de las operaciones; cuarto, los datos de carácter moral perceptibles a través de las operaciones practicadas; y quinto, la opinión misma que el banco tenga sobre su cliente".¹²³

"El secreto profesional implica la reserva en que socialmente se encuentran determinados hechos o sucesos afectantes de la intimidad privada, o negocial, de los seres humanos o de los entes colectivos, en tanto el orden jurídico impone a aquellas personas (que por razones especiales los han conocido), el deber de respetar la mencionada situación de reserva".¹²⁴

¹¹⁹ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 382.

¹²⁰ PACHECO Pulido Guillermo, *El Secreto en la Vida Jurídica*, 3ª ed., editorial Porrúa, México, 2002, p. 1.

¹²¹ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 1318.

¹²² DE LA FUENTE Rodríguez Jesús cita a Manzini, *loc. cit.*

¹²³ RODRIGUEZ Rodríguez Joaquín, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁴ MARQUEZ Piñero Rafael, *Diccionario Jurídico Mexicano*, editorial Porrúa, México, 1992, t. IV, p. 2876.

En contraste a esta última definición, se encuentra la del tratadista Héctor Faúndez Ledesma, quien considera al secreto profesional como una excepción al deber de informar, derivado del ejercicio de ciertas profesiones y que implica un deber legal que se traduce en sanciones para el caso que se quebrante.¹²⁵

En el Derecho Constitucional Mexicano no se encuentra explícitamente alguna disposición que norme o proteja el "secreto" como tal en sus distintas aplicaciones jurídicas, pero se puede deducir del análisis de algunos de sus artículos, como marco referencial, en especial los siguientes:

- Artículo 7 que establece el respeto a la vida privada,
- Artículo 14 que en su segundo párrafo señala "nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."
- Artículo 16 establece que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". "...Las comunicaciones privadas son inviolables".

1.2. EL SECRETO PROFESIONAL EN DIVERSAS LEYES DEL PAIS

"En Francia, el artículo 378 del Código Penal Francés, es la base del principio general del secreto profesional, y se ha hecho extensivo no sólo a los médicos, cirujanos, y otra clase de profesionistas, sino también a los banqueros".¹²⁶

Dada la importancia que implica mantener la reserva y el secreto de cierta información, son varios los ordenamientos jurídicos en nuestro país que regulan

¹²⁵ Cfr. FAÚNDEZ Ledesma Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004 (Doctrina Jurídica 201), p. 656.

¹²⁶ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 381.

esta situación y la sancionan en caso de su incumplimiento. A continuación se citan algunas leyes con sus artículos respectivos:

4. Código Civil Federal.

En el artículo 2590 de este Código se presenta la responsabilidad en que incurre el profesionista en caso de violar el secreto profesional, al establecer lo siguiente: “el procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal”.

4. Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional.

Conocida como Ley de Profesiones señala en su artículo 36 los derechos y deberes del profesionista en el ejercicio de sus funciones: “todo profesionista está obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confieren por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas”.

3. Ley Federal del Trabajo.

El secreto para esta ley viene a ser un elemento de confianza que determina el nexo entre empresa y trabajador, en su artículo 134, fracción XVIII establece como obligación de los trabajadores “guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios a la empresa”.

Así mismo, el artículo 47, fracción IX señala como causa de rescisión sin responsabilidad para el patrón, revelar los secretos de fabricación o de carácter reservado, en perjuicio de la empresa.

4. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 288 de este ordenamiento exenta de la obligación de auxiliar a los tribunales en la averiguación de la verdad, a las personas que deben guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la

que estén relacionados: “los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia deben, sin demora exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos. De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deben guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados”.

5. Ley del Notariado para el Distrito Federal.

En tres de sus artículos hace referencia al secreto profesional, disponiendo en el 20 que al momento de que las autoridades del gobierno concentren información de las operaciones y actos notariales deben hacerlo respetando siempre el secreto profesional. En el artículo 24 menciona que los expedientes a que se refieren estos artículos están sometidos al secreto profesional y a la protección de la intimidad salvo la denuncia o procedimientos correspondientes que conforme a derecho se tengan que hacer para efectos de las responsabilidades a que haya lugar.

Finalmente, el artículo 252 refiere que “cada Notario en su ejercicio deberá guardar el secreto profesional respecto de los asuntos que se le encomienden y estará sujeto a las penas que respecto al secreto profesional prevé el Código Penal [...]”

6. Código Fiscal de la Federación.

En su artículo 69 trata lo relativo a la reserva absoluta que debe guardar el personal que intervenga en trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias, mencionando algunas excepciones como el suministro de datos a las autoridades judiciales en procesos de orden penal o el intercambio recíproco de información a las autoridades fiscales de países extranjeros, siempre que éstos guarden también el secreto fiscal correspondiente.

7. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Esta ley en su artículo 47 establece las obligaciones de todos los servidores públicos, señalando en su fracción IV que deben “custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidas de aquéllas”.

8. Código Penal Federal.

En relación al secreto el artículo 210 impone como pena jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce con motivo de su empleo, cargo o puesto. Así mismo, el artículo 211 sanciona con multa y suspensión de la profesión, cuando la revelación punible la haga una persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, también cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

9. Código Federal de Procedimientos Penales.

Respecto de este Código el artículo 16 regula la reserva que debe guardar todo servidor público respecto de las actuaciones en la averiguación previa, incurriendo en responsabilidad administrativa o penal en caso de incumplimiento.

10. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Rige en el número 2 de su artículo 135 que los documentos, datos e informes que los ciudadanos proporcionen al Registro Federal de Electores, serán estrictamente confidenciales y no podrán comunicarse o darse a conocer, salvo cuando se trate de juicios, recursos o procedimientos en que el Instituto Federal Electoral fuese parte.

11. Ley de Imprenta.

A través de una lista de prohibiciones en su artículo 9º protege la privacidad de las personas, sancionando a quienes publiquen escritos, actas de acusación de procesos penales, piezas de autos en juicios familiares, los nombres de personas que formen un jurado, así como los nombres de soldados que intervengan en ejecuciones capitales, entre otras prohibiciones más.

12. Ley del Banco de México.

El artículo 43 de este ordenamiento señala las causas de remoción de los miembros de la Junta de Gobierno de este organismo, siendo una de éstas el uso en beneficio propio o de terceros de la información confidencial de que dispongan en razón de su

cargo, así como divulgar dicha información sin la autorización de la misma Junta. Posteriormente en el último párrafo del artículo 45 menciona que en los asuntos tratados en las sesiones de la Junta se debe guardar confidencialidad, salvo su autorización expresa para hacer alguna comunicación.

13. Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Como es bien sabido, esta Ley es reglamentaria del apartado B del artículo 123 de nuestra Carta Magna y establece en su artículo 44 como una de las obligaciones de los trabajadores guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento con motivo de su trabajo, correlacionado con el 46 en su fracción V, letra "e", que excluye de responsabilidad al titular de la dependencia en caso de que cese la relación con el trabajador cuando éste revele asuntos secretos o reservados.¹²⁷

1.3. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN AL SECRETO PROFESIONAL

"Por regla general, directamente la responsabilidad surge en contra de la persona física o moral que cause un daño o perjuicio a otra con dolo, o por incumplimiento de un contrato, o violación a una disposición legal. En materia penal la obligación surge cuando existe antijuridicidad, es decir, cuando hay una conducta u omisión ilícita que lesiona o viola un bien jurídico".¹²⁸

"Cuando hay mala fe en la revelación de los secretos se puede caer en el ilícito penal si esa revelación se hace sin justa causa, con intención de dañar, en perjuicio del titular de los hechos, informes, documentos o circunstancias que constituyen el secreto, y que estos secretos se hayan conocido con motivo de un empleo, cargo o puesto público o privado, o en ejercicio de una profesión".¹²⁹

Como consecuencia de la violación del deber jurídico que todos tenemos de no dañar los derechos de nadie, surge la responsabilidad civil, al respecto, dice el Código Civil Federal en su artículo 1910 que "el que obrando ilícitamente o contra

¹²⁷ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 1318-1321.

¹²⁸ PACHECO Pulido Guillermo, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 32.

las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Además del daño material que pueda ocasionarse ante la violación del secreto financiero, se puede presentar también un daño moral, este término se encuentra determinado por el Código Civil Federal en su artículo 1916 que a la letra dice que “por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.

Entonces, se puede decir que el daño moral resulta de la violación de los derechos de la personalidad, en el que el juzgador tomará en cuenta diferentes factores para establecer el monto de la indemnización, como lo son: los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque, la conducta ilícita y los aspectos económicos de los sujetos activo y pasivo.

Cabe citar al respecto una tesis aislada pronunciada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que determina que para que sea procedente la acción de daño moral, es menester que el actor demuestre los siguientes elementos:

a) la existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora;

b) que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes que a título ejemplificativo tutela el artículo 1916 antes citado y,

c) que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.¹³⁰

¹³⁰ *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, 9ª época, t. XIV, tesis 1.3o.C.243C, septiembre, 2001, p. 1305.

1.1. ELEMENTOS Y FUNCIONES DEL SECRETO FINANCIERO

“El secreto en materia económica es importante para el desarrollo de la colectividad, éste proporciona seguridad a la persona en sus derechos, estabiliza la confianza en las operaciones bancarias y financieras frente a una competencia ávida de obtener beneficios a costa de los datos, hechos o circunstancias ajenos.

En la vida económica se maneja información que es la base y estructura de una empresa o persona y por dicha razón no puede salir de la esfera de la empresa o de la persona”.¹³¹

Tener acceso a ciertos servicios financieros implica necesariamente confidencias que deben ser protegidas por el secreto profesional, en este caso, la confianza es su base fundamental ya que debe regir en las relaciones entre la banca, casas de bolsa, instituciones para el depósito de valores y su clientela.¹³²

De lo anterior, se puede concluir que el secreto financiero se regula principalmente para cumplir con lo siguiente:

- Establecer una confianza más amplia del público en las entidades financieras,
- Desarrollar el sistema financiero en forma mas favorable,
- Proteger la libertad individual y la intimidad de las personas, y
- Facilitar el interés público en el ejercicio de la profesión bancaria y bursátil.

Ahora bien, para el Dr. Jesús de la Fuente, las operaciones que protege el secreto financiero son de tres tipos:

- a) Bancarias. Operaciones pasivas, activas y de servicio.
- b) Fiduciarias. Operaciones de fideicomiso, mandato y comisión.
- c) Bursátiles. Operaciones realizadas por las casas de bolsa y las instituciones para el depósito de valores.¹³³

¹³¹ PACHECO Pulido Guillermo, *op. cit.*, p. 25.

¹³² Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 1326. *

¹³³ *Ibid.*, pp. 1328 y 1331.

Estos tipos de operaciones protegidas por el secreto financiero, para una mayor eficiencia y especialidad, se protegen a su vez a través de los secretos bancario, fiduciario y bursátil respectivamente.

Las sociedades mercantiles, civiles y todo tipo de organizaciones mercantiles manejan una serie de información confidencial de la cual ni a veces los socios o accionistas están enterados dada la propia confidencialidad, pero ésta sí la conoce el administrador, los comisarios o alguno que otro accionista, por esas razones las leyes que regulan dichos cargos de dirección y administración responsabilizan a estas personas sobre el manejo de la confidencialidad de los hechos.¹³⁴

El autor Jesús de la Fuente Rodríguez expresa que los principales obligados a la guarda de los secretos antes mencionados, son los empleados, funcionarios, liquidadores, comisarios, auditores externos, las sociedades de información crediticia.¹³⁵ (Son sociedades anónimas autorizadas por la SHCP que atienden la opinión del Banco de México para la prestación de servicios consistentes en la recopilación, manejo, entrega o envío de información relativa al historial crediticio de personas físicas y morales, así como otras operaciones de naturaleza análoga).

Las personas que están facultadas para recibir informes sin que se viole el secreto financiero son:

- para el secreto bancario: el depositante, deudor, titular, beneficiario, representantes legales, o quienes tengan poder para intervenir o disponer.
- para el secreto fiduciario: el fideicomitente, fideicomisario, comitente y el mandante.
- para el secreto bursátil: el titular, beneficiario, representantes legales, y quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en ella.

A su vez, tenemos a las autoridades que están facultadas para solicitar directamente informes respecto del secreto financiero y que son:

- a) la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

¹³⁴ PACHECO Pulido Guillermo, *op. cit.*, p. 61.*

¹³⁵ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, p. 1328.

- b) Autoridades Judiciales (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Colegiados y unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, etc.),
- c) la Procuraduría General de la República.

Las autoridades que por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores pueden solicitar informes respecto del secreto financiero son:

- f) Secretaría de la Función Pública,
- f) Autoridades Fiscales Federales,
- f) Auditoría Superior de la Federación,
- f) Instituto Federal Electoral,
- f) Juntas Federales y Locales de Conciliación y Arbitraje,
- f) Procuradores generales de justicia de los Estados de la Federación y del Distrito Federal.¹³⁶

2. EL SECRETO BANCARIO

2.1. ANTECEDENTES

En sus orígenes, los depósitos se hacían en los templos, consecuentemente, la discreción de estas operaciones estaba muy relacionada con el misterio de lo desconocido, la magia y la religión que fueron configurando una especie de secreto profesional entre quienes practicaban los depósitos. En la Edad Media, el secreto bancario formaba parte de la ética de los negocios de esta naturaleza, especialmente con órdenes que realizaban alguna actividad relacionada con la banca.¹³⁷

En Francia el primer texto que se refiere al secreto bancario es una disposición administrativa del 2 de abril de 1639, relativa a la Bolsa de París, que

¹³⁶ Cfr., *ibid.*, pp. 1336, 1337-1342.

¹³⁷ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 381.

establecía que los asuntos de la Bolsa “no sean conocidos más que por aquellos que negocian en la misma”.¹³⁸

En Francia existieron diferentes antecedentes respecto del secreto bancario pero se concretizó como concepto en 1706, en *La grande ordonnance sur le commerce*,¹³⁹ posteriormente en 1724 este país dictó una resolución que señalaba que los agentes de cambio no podían mencionar en ningún caso a las personas que les encargaran negocios, además debían guardar secreto inviolable y servir con fidelidad en cualquier circunstancia de negociación.¹⁴⁰

Es dentro de la vida comercial y ante la falta de instituciones bancarias cuando se genera el manejo y los movimientos monetarios y económicos encomendados a través de quien deba mayor discreción en tales actividades.^{141*}

En México, los primeros inicios del secreto bancario se encuentran en la Ley General de Instituciones de Crédito del 19 de marzo de 1897 que fue la primera legislación formal en materia bancaria, sin embargo, no contemplaba la figura del Secreto Bancario como se conoce hoy, pero sí percibía la necesidad del sigilo que se requiere al tener acceso a información delicada, reglamentando en su artículo 115 las obligaciones de los inspectores encargados por la Secretaría de Hacienda de la vigilancia de las Instituciones de Crédito, en la que se prohibía comunicar a otro que no fuese dicho ministerio los datos e informes que conocieren sobre los asuntos del Banco, en el ejercicio de sus funciones. Las leyes posteriores reguladoras de las Instituciones de Crédito, de 1925, 1926, 1932 y 1941, también hacían referencia a este secreto de manera muy general.¹⁴²

“Las derogadas Leyes Reglamentarias de 1982 y 1984 trataban este asunto en sus artículos 39 y 93 respectivamente, que mejoraba considerablemente su

¹³⁸ *Loc. Cit.*

¹³⁹ Es decir, *La Gran Ordenanza de Comercio de Colbert*- Título III, párrafo 9, que establecía el secreto de los libros de los comercios en general.

¹⁴⁰ Cfr. PACHECO Pulido Guillermo, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.24.

¹⁴² Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 382.

antecedente de la ya también derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, del cual provenía en el fondo".¹⁴³

2.2. LA FIGURA JURÍDICA DEL SECRETO BANCARIO Y SU FINALIDAD

A continuación se desarrolla el secreto bancario como figura jurídica regulada en nuestra legislación, definida y analizada desde el punto de vista de diferentes tratadistas, ya que para algunos es considerado como un deber, mientras que para otros, es considerado como un derecho.

Primeramente es necesario mencionar que el secreto bancario está regulado por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito y el *Diccionario Bancario y Bursátil* lo define como "aquel que se concreta a las operaciones que en general realizan las instituciones de crédito, y se entiende por tal, el que los documentos e información que se tenga de una persona no se puedan proporcionar sino por medio de los mecanismos que marca la ley".¹⁴⁴

Para el tratadista C. Meján, el secreto bancario "nace como una obligación de las instituciones de crédito, relacionada con las operaciones que éstas practican y, como tales, sujetas a la vigilancia y sanción de las autoridades correspondientes".¹⁴⁵ Por esta razón es que influye en toda la actividad financiera.

Similar es la definición que nos proporciona Gilberto Villegas en su *Compendio Jurídico*, al decir que "el secreto bancario es un deber impuesto a las entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos. Es una obligación que está implícita en la relación de confianza existente entre el banco y el cliente. Consiste en un deber de silencio, es una obligación de no hacer, impuesto a la entidad

¹⁴³ SOTO Sobreyra y Silva Ignacio, *Ley de Instituciones de Crédito*, 6ª ed., editorial Porrúa, México, 1995, pp. 187 y 188.

¹⁴⁴ IBARRA Hernández Armando, *Diccionario Bancario y Bursátil*, editorial Porrúa, 1998, México, p. 164.

¹⁴⁵ C. MÉJAN Luis Manuel, *El Secreto Bancario*, 3ª ed., editorial Porrúa, 2000, México, p. 103.

financiera por los hechos e informaciones que conoce en virtud de su actividad profesional".¹⁴⁶

De lo anterior, deduce que para que la actividad bancaria pueda ejercerse concretamente se requieren dos condiciones:

- un vasto conocimiento de muchos aspectos íntimos de la vida comercial y la composición patrimonial del cliente y
- la seguridad del cliente para confiar todos esos aspectos al banquero sin el temor a que sean divulgados.¹⁴⁷

Soto Sobreyra señala que la conservación de un secreto limitarse por el orden moral y por el orden público, lo que considero bastante razonable dado el tipo de daños que se causan ante la violación del mismo, también expresa que:

- "Las obligados al secreto (sujetos pasivos) son las instituciones de crédito,
- Los beneficiarios del secreto (sujetos activos) son los usuarios de sus servicios y,
- El objeto del secreto son los servicios bancarios a lo que el artículo 117 se refiere diciendo depósitos, servicios o cualquier tipo de operación".¹⁴⁸

Concluye que la finalidad del secreto es la protección de los intereses legítimos del usuario del servicio y la seguridad de este servicio para que se incrementen sus clientes.

El doctor De la Fuente determina: "el secreto bancario es el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito, sus órganos, funcionarios, empleados y personas en relación directa con ellas, de observar discreción sobre cualquier tipo de operaciones que celebra con los usuarios; salvo en los casos en que así lo disponga la ley de la materia, o lo faculte el mismo cliente o en las casos de excepción que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público".¹⁴⁹

¹⁴⁶ GILBERTO Villegas Carlos, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁷ Cfr., *loc. cit.*

¹⁴⁸ SOTO Sobreyra, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

¹⁴⁹ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 1325 y 1328.

Las operaciones que se protegen son todas las actividades que tienen un carácter bancario.

Juan Carlos Malagarriga lo define como “la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan”.¹⁵⁰

Un artículo de la revista *El Foro* incluye al secreto bancario en el derecho positivo de obligaciones y de medios de protección ante la violación del mismo, configurándolo en términos generales como una especie del derecho a la privacidad, y explica:

“A la institución bancaria se le impone la obligación de guardar la reserva necesaria respecto de la información y documentación relativa a las operaciones que celebre con las personas y en opinión de Mario Bauche García Diego, aun aquellas que tenga acceso en la etapa precontractual, respecto de terceros no autorizados o autoridades no facultadas.

Ante la autoridad se presenta como un derecho oponible a su actuación, el que solamente puede ser afectado con estricto apego a la Constitución y a los ordenamientos legales secundarios. La obligación del Estado es ajustar sus actos al principio de legalidad.

La transgresión de estas obligaciones actualiza los medios de tutela o de reparación del derecho violado: la responsabilidad civil o penal sobre la institución de crédito y sus funcionarios; y los medios de defensa legal y constitucional respecto de los actos de autoridad.

Configurado como derecho a favor del particular, es objeto de la protección constitucional por medio de las garantías de seguridad jurídica establecidas en los artículos 14 y 16 constitucionales.

¹⁵⁰ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, cita a Juan Carlos Malagarriga, *op. cit.*, p. 1325.

El derecho al secreto bancario en verdad tiene manifestaciones propias de la discreción de los actos, pero fundamentalmente económicas en cuanto reserva provechoso o conveniente para los negocios”.¹⁵¹

Ahora bien, para determinar claramente cual es la finalidad del secreto bancario es importante mencionar los intereses que se ven implícitos en esta figura y para ello nos dice Luis C. Meján que en el secreto bancario se conjuntan dos intereses perfectamente definidos:

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

Los intereses de clientes, bancos y del Estado coinciden en encontrar una seguridad respecto de sus movimientos económicos para que sean discretos, lo anterior, con base en la confianza.¹⁵²

El doctor Miguel Acosta Romero apunta que las principales finalidades del secreto bancario son las siguientes:

1. Proteger el respeto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banquero, para proporcionarle algunos datos que consideran sólo le son proporcionados por esa razón.

2. Permitir la estabilidad de los sistemas bancarios ya que al haber confianza entre el público, éste proporcionará todos los datos e informes necesarios y, en consecuencia mantendrá su dinero y realizará sus operaciones con los bancos, en el entendido de que éstos no proporcionarán informes, no harán públicos esos datos, en muchos casos ni siquiera a las autoridades.

3. Es un medio eficaz para atraer capitales y de esa manera fortalecer la economía de cada país, y como parte de la estrategia de política monetaria, dirigida fundamentalmente, a dar garantías a los depósitos bancarios.¹⁵³

¹⁵¹ ROLDAN Xopa José, “El Secreto Bancario para fines fiscales”, en Revista *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 8ª época, vol. III, núm. 4, México, 1990, p. 92.

¹⁵² Cfr. C. MÉJAN Luis Manuel, *El Secreto Bancario*, 3ª ed., editorial Porrúa, México, 2000, p. 106.

¹⁵³ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, pp. 391 y 392.

El secreto ampara tanto el nombre del cliente como el tipo de operación, como el monto de ella, la información producida como preparativa a la operación y la que es consecuencia de ésta.¹⁵⁴

De lo anterior se concluye que el secreto bancario protege operaciones, datos e información que los clientes y usuarios ponen en manos de la institución bancaria, debiendo proteger esta última los intereses de dichos clientes y usuarios a través de la cautela y privacidad con la que tratarán la información, y ante una posible contravención se sancionará de acuerdo a la ley.

2.3. SANCIONES POR VIOLACION DEL SECRETO BANCARIO

Para el tratadista Méjan, las sanciones que se derivan de la violación al secreto bancario no están concentradas en un solo cuerpo legal, pues arrancan desde la propia Constitución, y pueden ser penales, laborales, civiles y administrativas. Expone lo siguiente respecto de cada una de ellas:

a) Sanciones penales.

El artículo 104 de la Constitución indica que corresponde a los tribunales de la Federación conocer todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales. Ahora bien, el secreto bancario está regulado por una ley federal, porque la Constitución señala al Congreso Federal la facultad exclusiva de legislar en materia de instituciones de crédito.

No existe en la legislación penal una tipificación como tal, que haga punible la violación al secreto bancario, sino que se rige a través de la figura llamada Revelación de Secreto establecida en los artículos 210 y 211 del Código Penal Federal (preceptos ya citados con anterioridad), que castigan la revelación de secretos o comunicación reservada que se conozca con motivo de un empleo o cargo.

La sanción en este ámbito puede ser:

¹⁵⁴ C. MEJAN Luis Manuel, op. cit., pp. 118 y 119.

- trabajo a favor de la comunidad,
- multa,
- suspensión de la profesión.

Dicho autor analiza el tipo penal del artículo 210 del Código Penal Federal, de la siguiente manera:

- “La revelación. Dar a conocer un hecho a una persona o a varias que desconocían tal hecho y no están legitimadas a tener acceso a la información.

- De algún secreto o comunicación reservada. La materia de la información debe ser discreta, confidencial.

- Que se conoce o se ha recibido con motivo del empleo, cargo o puesto. Debe existir un nexo entre la información y el trabajo que desempeña el sujeto activo de tal suerte que la revelación no sólo moleste al titular del derecho sino que además violente la seriedad y la ética del trabajo desempeñado. El nexo no debe ser considerado tan estricto como para afirmar que requiere formar parte esencial de la operación.

- Sin justa causa. El extremo de justicia en la causa de la revelación será materia de prueba y de justipreciación del juez que conozca del delito.

- Con perjuicio de alguien. Es necesario que se produzca el daño, lo cual convierte al delito de resultado que excluye la posibilidad de la tentativa; este perjuicio no necesariamente debe ser patrimonial, puede ser moral o de otra índole.

- Sin consentimiento del que pueda ser perjudicado. El que sufre el daño no otorgó su consentimiento, si lo otorgó sabía del perjuicio que podría venirsele y lo consintió, por ello la conducta se despoja de licitud”.¹⁵⁵

La penalidad se agrava cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público (artículo 211), para esa categoría existe un sector de los empleados bancarios que están calificados como servidores públicos, por lo que la violación del secreto bancario podría encuadrar en los supuestos tipificados en los delitos del Ejercicio Indevido de un Servicio Público y Ejercicio Abusivo de funciones en cuyo caso las sanciones previstas por los mismos constituirán sanciones penales adicionales.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 123 y 124.

Dentro del Código Penal actual para el Distrito Federal se regula el delito de Revelación de Secretos, en el artículo 213 que castiga con prisión de seis meses a dos años y de 25 a 100 días multa, a quienes sin consentimiento de quien tenga derecho a otorgarlo y en perjuicio de alguien, revele un secreto o comunicación reservada, que por cualquier forma haya conocido o se le haya confiado, o lo emplee en provecho propio o ajeno.

Las penas anteriores aumentan en caso de que la información sea de carácter científico o tecnológico, o si el agente es servidor público.

b) Sanciones laborales.

La legislación laboral mexicana contiene disposiciones que complementan el marco jurídico de la obligación de discreción cuya violación acarrea una causa rescisoria del contrato laboral. En la Ley Federal del Trabajo están los artículos 134, fracción XIII, y el 47, fracción XI (preceptos citados con anterioridad). La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado contiene básicamente las mismas disposiciones que regula la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 44, fracción IV, impone la obligación de guardar reserva de los asuntos que lleguen a conocer con motivo de su trabajo y el artículo 46 considera como causa grave de cese el revelar tales secretos.

c) Sanciones administrativas.

La actividad financiera en el país es una materia que resulta regulada por el estado por la disposición constitucional que se ha dado en llamar la "rectoría económica del Estado" (artículo 25 Constitucional: "...El Estado... conducirá...la actividad económica nacional..."). En consonancia, la propia ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 4º, dispone expresamente la rectoría que el Estado ejerce en materia del Sistema Bancario Mexicano.

Aunque no existieran tales disposiciones legales, lo cierto es que es evidente que el intercambio financiero es de tal manera importante que su regulación forma parte natural del quehacer del Estado como gestor del bien común del pueblo que lo integra.

En nuestro país, la actividad financiera de la banca se desempeña tanto por entes particulares que están sujetos al régimen de “Autorización”, como por entes públicos que conforman el sector paraestatal. En ambos casos las leyes del país encomiendan al Poder Público ejercer el control, inspección y vigilancia; el desempeño de esas funciones debe de suponer la posibilidad de aplicar sanciones con un fundamental fin correctivo que enderece las actividades mal encaminadas de las empresas autorizadas.

Una consecuencia común para las personas físicas o colectivas autorizadas que cometen irregularidades es la cancelación de la autorización, la ley de Instituciones de Crédito emplea el término “Revocación” cuando se viola alguna condición impuesta ya sea por la autorización en sí o por las disposiciones legales y reglamentarias y que dificulta seriamente o, de plano, impide prestarse la actividad concesionada.

No todo incumplimiento o desviación en la conducta del autorizado produce la extinción de la autorización, esta sanción de reserva para los casos especialmente trascendentes. Para ello sirven las otras medidas de sanción, para evitar que se llegue a producir un deterioro tal que se requiera la cancelación.

Por ello las causas de revocación que la ley señala para las autorizaciones para el ejercicio de la banca son tan especialmente graves que llegan a suponer incluso la liquidación de la persona colectiva.

El artículo 28 de la Ley de Instituciones de Crédito establece los casos en que la revocación de la autorización puede ser declarada pero ninguna de las causas enumeradas en tales disposiciones hace referencia expresa a que la violación al Secreto Bancario pueda llegar hasta el extremo de producir la revocación de la concesión.

Por lo que toca a sanciones, se encuentra la multa que regula el artículo 109 de la Ley de Instituciones de Crédito:

“ Artículo 109.—La infracción a cualquiera de las disposiciones de esta Ley, que no tenga sanción especialmente señalada, se castigará con multa equivalente de cien a cincuenta mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que impondrá administrativamente la Comisión Nacional Bancaria.”

Esa multa se puede aplicar por cada caso de violación conocido por las autoridades, es independiente a cualquier otra sanción penal, laboral o civil que proceda. El grado de importancia, de daño causado, de publicidad, etc., sólo servirá a las autoridades para graduar el monto de la multa hasta el máximo posible.

Finalmente, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros incluye la facultad de sancionar a las Instituciones que no proporcionen a la Comisión correspondiente la información que ésta le solicite (artículo 94, fracción II).

d) Sanciones Civiles.

En el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, se regula que por violación del secreto, las instituciones estarán obligadas, en caso de revelación indebida, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Es posible que las partes pacten expresamente la obligación del sigilo, pero ese pacto no puede ser derogatorio de las disposiciones que facilitan a los terceros el derecho de la revelación en ciertos casos. Con las disposiciones legales que existen no es necesario acudir a la obligación contractual para exigir la responsabilidad civil correspondiente.

Esta responsabilidad nace de una conducta ilícita: el conjunto de normas sobre el sigilo bancario impone una obligación de discreción, la violación de tal deber es un ilícito por lo que, aun sin necesidad de que los artículos de la ley lo hubieran dicho, el que obrando así cause un daño está obligado a repararlo (art. 1910 del Código Civil del Distrito Federal).¹⁵⁶

¹⁵⁶ Cfr., *ibid.*, pp. 122, 125, 127-131.

Los elementos que deben concurrir para que se esté en el supuesto de una responsabilidad civil ya han sido mencionados con anterioridad, pero cabe señalar que el daño debe ser preciso (ya sea económico o moral), y el cliente dañado tendrá la carga de la prueba tanto de su producción como de su cuantificación dentro de los parámetros legales. La institución de crédito podrá a su vez impugnar tales pruebas y cuantificaciones.

Para el Dr. Miguel Acosta Romero la responsabilidad civil “consiste en los daños y perjuicios que se ocasionan a los depositarios, o cuentahabientes, por los funcionarios y empleados bancarios, con motivo de la violación de los contratos u obligaciones bancarias, en los que se establecen las operaciones y que, en consecuencia, pudieran ser: violación de los contratos u obligaciones bancarias, en los que se establecen las operaciones, o responsabilidad por actos ilícitos civiles, que se tradujeran en el consecuente pago de daños y perjuicios, que se hubiera ocasionado con motivo de la revelación indebida de esos datos o informes”.¹⁵⁷

Este último autor añade a la lista de sanciones, que él trata como “aspectos del secreto bancario”, las de carácter estrictamente bancario, regulado por el artículo 117 de la vigente Ley de Instituciones de Crédito, incorporado en el título quinto “De la protección de los Intereses del Público”.¹⁵⁸

2.4. ELEMENTOS PERSONALES DEL SECRETO BANCARIO

“Los elementos del secreto parten de la existencia de un contrato que descansa fundamentalmente en la confianza, en la discreción y en la fidelidad, o bien por disposición legal”.¹⁵⁹

En apoyo a lo anterior, Luis C. Meján expone: “la develación del Secreto Bancario es una parte fundamental de la propia figura del Secreto Bancario. En íntima relación con la obligación de guardar discreción de los hechos relacionados

¹⁵⁷ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 392.

¹⁵⁸ Cfr., *loc. cit.*

¹⁵⁹ PACHECO Pulido Guillermo, *op. cit.*, p. 25.

con la operación bancaria, está el análisis de cuándo dicha discreción puede ser revelada o dispensada, es decir, la obligación de discreción juega con la potestad de dispensarla y con la obligación de informar.

En el aspecto del Secreto Bancario que se identifica como la Revelación se mezclan todos los elementos que intervienen en la formación del sigilo, en imbricaciones diversas pero siempre los mismos. En la mera obligación de sigilo intervienen: el cliente, el banco, una autoridad vigilante de que tal estado de cosas permanezca y un tercero impotente para cruzar la barrera [...] Es por ello que la develación debe producirse en los marcos de referencia que han creado al Secreto y darse en casos analizados y estudiados, promulgados en normas positivas vigentes con anterioridad a los hechos".¹⁶⁰

Para el Dr. Acosta Romero el secreto bancario se desenvuelve en dos aspectos: uno de obligación de los bancos de guardar el secreto, y el otro como derecho del cliente, titular o contratante a que se le proporcionen esos informes, respecto de las operaciones en que intervino. Derivado de lo anterior, hace una división de las personas que intervienen en el secreto bancario:

n) Las personas obligadas por el secreto.

Están obligados a guardar el secreto todos los administradores (que pueden ser los miembros del consejo directivo, directores generales, consejeros delegados, gerentes, gerentes regionales, etc.), funcionarios, empleados y trabajadores de las instituciones, ya que en razón de que tienen esos cargos conocen los datos, documentos e informes que constituyen el secreto bancario.

n) Las que pueden solicitar informes:

- Aquellas que intervengan directamente en las operaciones, que pueden ser los depositantes y quienes celebren la operación, aunque éstas no sean de depósito, ya que pueden ser deudores de la institución.

- En cuentas mancomunadas o solidarias tendrán derecho aquellas personas que aparezcan en tales cuentas con ese carácter.

¹⁶⁰ C. MÉJAN Luis Manuel, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

- Los apoderados de las personas antes citadas, siempre que tengan poder general o especial, conforme a los artículos 2553, 2554 y 2555 del Código Civil Federal.

- Personas autorizadas para disponer de la cuenta.

- El cónyuge respecto de la sociedad conyugal, en caso de las cuentas recíprocas.

- Autoridades judiciales (juzgados y tribunales), no judiciales (la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México), la Procuraduría General de la República.¹⁶¹

Respecto de lo anterior, cabe citar el artículo 19 de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que a la letra señala que “Las entidades del sector financiero sujetas a la supervisión de la Comisión, estarán obligadas a proporcionarle los datos, informes, registros, libros de actas, auxiliares, documentos, correspondencia y en general, la información que la misma estime necesaria en la forma y términos que les señale, así como a permitirle el acceso a sus oficinas, locales y demás instalaciones.”

El tratadista C. Meján analiza los elementos personales del secreto bancario partiendo de la consideración de que en el sistema del siglo bancario intervienen diversas disposiciones y no solo la Ley de Instituciones de Crédito, por lo que la obligación del secreto se va extendiendo a empleados de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a autoridades hacendarias y a otros más conforme rigen la conducta de tales personas. Y aunque el cliente únicamente trate con un solo ejecutivo, su operación pasará por las manos de muchos dependiendo de la forma como el Banco tenga organizado su sistema de operación. Concluye por tanto con la siguiente división:

b) Los sujetos obligados a la guarda del sigilo:

- La Institución de Crédito,

- Los empleados y funcionarios de la misma,

¹⁶¹ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, pp. 395 a 397.

- Todos aquellos que tienen conocimiento de la operación en virtud de su relación con ella y con la institución.

b) El beneficiario

Las consecuencias que se derivan de la titularidad del derecho de ser beneficiario del sigilo son:

- La autorización para la revelación,
- El conocimiento de que la revelación se ha producido, que aunque no existe la obligación implícita en una ley, se entiende como parte de la relación entre cliente e institución,
- El pacto sobre el secreto.

b) Los sujetos a los que les es oponible el secreto bancario

Los terceros que alegan un interés en el conocimiento de hechos involucrados en la operación pueden acudir a una autoridad, la cual al cumplir los requisitos de legalidad podrá obtener la revelación. Para que las autoridades soliciten esta información debe mediar un litigio o controversia en la que el cliente sea parte, solo así el proceder de la autoridad estará fundado y motivado.¹⁶²

“El secreto bancario no afecta en forma alguna la obligación que tienen las propias instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten dichas instituciones”.¹⁶³

De lo anterior se puede observar que prácticamente los elementos personales que manejan ambos autores son los mismos, ya que incluyen al beneficiario, titular o cliente (como lo considera el Dr. Acosta), así como a las autoridades y personal obligados a su guarda, en contraposición de aquellas

¹⁶² Cfr. C. MÉJAN Luis Manuel, *op. cit.*, pp. 113 a 120.

¹⁶³ BORJA Martínez Francisco, *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 209.

personas o autoridades que por una u otra razón tienen el derecho a solicitar la revelación del mismo, siempre que cumplan con los requisitos que establece la ley.

Las disposiciones que autorizan la revelación están contenidas en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, así como en una serie de disposiciones administrativas, de las cuales se deriva que la revelación puede producirse en los siguientes géneros:

) Cuando el cliente lo autoriza.

Generalmente lo autoriza el cliente porque éste tiene un interés superior a su interés de discreción.

a) Cuando una autoridad lo ordena, normalmente a petición de una parte interesada y versando la *litis* sobre asuntos económicos manejados por la banca y pertenecientes a la contraparte en el procedimiento jurisdiccional respectivo.

La revelación se produce cuando exista una contienda litigiosa entre el cliente del banco y un tercero que involucre hechos o datos que obran en poder y conocimiento de la Institución de Crédito y cuyo conocimiento sea relevante para la solución de la *litis* a juicio de la autoridad que conoce de ella, debiendo juzgar sobre la relevancia de la información que vaya a solicitar a la Institución de Crédito (derivado de su obligación genérica de motivar y fundar todos sus actos). Tratándose de materia fiduciaria una de las partes en contienda debe ser necesariamente el propio fiduciario.

b) En procedimientos federales de investigación de delitos.

La obligación relativa a que la información pedida sea relevante para el asunto que analiza, sin olvidar que el Ministerio Público no tiene la facultad de juzgar, sino la de allegar la información que el juez requerirá para el procedimiento penal, en caso de que se ejercite acción penal. Esta necesidad de allegarse de información nace del hecho de la labor esencial del Ministerio Público para el ejercicio o rechazo fundados de la acción penal.

- c) En los casos en que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores acepta la solicitud de autoridades hacendarias federales para efectos fiscales.

La facultad soberana del Estado para hacerse de recursos que le permitan cumplir con sus actividades y que se clasifica bajo el término genérico de “actividad fiscal” ha puesto en crisis la figura del Secreto Bancario en todos los países ya que se presenta un conflicto entre el interés público y el interés privado, en tanto que la recaudación de los haberes que pertenecen al Estado puede verse afectada por una persona que aprovechando el sigilo bancario, esconde haberes, ingresos o actividades.

En el caso de México el legislador al buscar un equilibrio otorga una gran apertura a las autoridades hacendarias al no considerar la jerarquía de las mismas frente a la solicitud de la revelación.

- a) En los casos de representación legal.

El artículo 117 establece que la información puede ser proporcionada a los representantes legales de los clientes o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación. Se parte del principio de que el cliente desea que a su representante se le dé el trato que a él se le daría; si alguien está autorizado a manejar una cuenta debe conocer el estado de la misma.¹⁶⁴

Por lo que respecta a la solicitud que pueden hacer las autoridades hacendarias (mencionada en el inciso “f”), y en apoyo a lo afirmado por el tratadista C. Meján sobre la falta de una mención más específica del legislador en cuanto a la jerarquía de dichas autoridades, puede observarse con la tesis que a continuación cito, como es que inclusive se faculta a ciertas autoridades que no tienen consagrado tal carácter, para poder solicitar la revelación del secreto bancario.

“SECRETO BANCARIO. ES INAPLICABLE AL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL EN EJERCICIO DE FACULTADES DE FISCALIZACIÓN.

La interpretación gramatical, sistemática y funcional del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito hace patente que el Instituto Federal Electoral, en el ejercicio de las funciones de fiscalización de los recursos públicos que se otorgan a los partidos políticos para cumplir sus finalidades, se encuentra

¹⁶⁴ Cfr. C. MÉJAN Luis Manuel, *op. cit.*, pp. 140 a 142, 145 a 149, 153 y 154.

incluido en los conceptos abiertos de autoridades hacendarias federales y para fines fiscales, y por tanto, en la salvedad que sobre el secreto bancario establece el precepto interpretado. Así, si se toma en cuenta que los conceptos citados no se limitan a autoridades que formalmente tengan el calificativo de hacendarias en su denominación, sino a todas aquellas que materialmente realicen funciones atinentes a la hacienda pública federal, que comprende la administración, distribución, control y vigilancia sobre el ejercicio de recursos públicos, la calidad de fiscales se entiende referida a todas las funciones relativas a la recaudación de contribuciones y su destino, a la vigilancia e investigación sobre su uso y comprobación de irregularidades, así como a la aplicación de las sanciones administrativas que correspondan. Ahora bien, el artículo 41, fracciones II y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 49, apartado 6; 49-A, 49-B, 72, 82, 269, 270, 271 y 272, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, ponen de manifiesto que el Instituto Federal Electoral, al llevar a cabo el control o fiscalización de los recursos que reciben los partidos políticos, cumple con una finalidad eminentemente fiscal, al vigilar, comprobar e investigar todo lo relativo al manejo de esos recursos, así como al instaurar el procedimiento administrativo sancionador respectivo; razón por la que, cuando desempeña tales funciones, realiza actuaciones de una autoridad de carácter hacendario, en la consecución de fines fiscales, por lo cual se encuentra en el supuesto de excepción al secreto bancario, y consecuentemente tiene facultades para solicitar de las instituciones de crédito, a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la información relativa a las operaciones bancarias que resulte razonablemente necesaria para el cumplimiento de la finalidad que la función de fiscalización de los recursos de los partidos políticos le confiere. Lo anterior se fortalece si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la salvedad en comento consiste en allanar el camino para lograr el óptimo desempeño de las autoridades que desarrollan la función fiscalizadora, así como porque la interpretación adoptada es conforme con la evolución histórica del secreto bancario en la legislación, y con la forma en que invariablemente se ha interpretado la ley, tanto en la emisión de nuevas leyes, como en la llamada interpretación para efectos administrativos".¹⁶⁵

¹⁶⁵ Tesis Aislada, Sala Superior Tomo VIII, P.R. Electoral, 3a época, tesis 213. Registro No. 922832, Apéndice (actualización 2002), p. 244

CAPÍTULO III. SECRETO FIDUCIARIO

6. EL FIDEICOMISO

1.1. ANTECEDENTES

El origen del servicio fiduciario se remonta a la antigua Roma con dos figuras que se mencionarán más adelante, un folleto editado por Nacional Financiera que trata sobre el fideicomiso señala los siguientes antecedentes:

La palabra fideicomiso se deriva de la palabra *fides* (fe-confianza) y *comissum* (comisión- encargo confidencial).

“En la antigua Roma:

- *Pactum fiducia Cum Amico* era un acuerdo de voluntades por amistad y confianza para transferir bienes con el propósito de cumplir una determinada finalidad.
- *Pactum fiducia Cum Creditote* es al antecedente real del fideicomiso de garantía.

En España los antecedentes del fideicomiso son:

- Capellanías, eran las disposiciones que surtían efectos después de la muerte, a través de una persona que disponía de bienes o rentas que se dedicaban a cubrir servicios religiosos, o bien obras de beneficio social.
- Mayorazgos, pertenecían al derecho del hijo mayor de suceder en la herencia al padre, obligándose a conservarla en la familia por siempre, mediante su entrega al próximo primogénito y así sucesivamente.

En Inglaterra y Estados Unidos de América:

- *Use*, como el encargo de una persona a otra, a favor de esta última o de un tercero.

- *Trust*, es el cambio de denominación del *Use* y establece tres elementos personales: el *Settlor* (quien le da origen al *Trust* y lo establece), el *Trustee* (a quien se le tiene confianza y acepta llevar a cabo el *Trust*) y el *Beneficiary* (a quien el *trust* le da servicio y/o beneficio).

Y finalmente en México: el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 establecía: en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado, encomendando la realización del mismo a una institución fiduciaria”.¹⁶⁶

“El fideicomiso de los romanos que se originó como medio jurídico de evadir las numerosas incapacidades para suceder por testamento establecidas por la legislación en Roma, estuvo limitado exclusivamente a las herencias y degeneró, finalmente, en el sistema de sustituciones fideicomisarias, por medio de las cuales se vinculaba la propinada a perpetuidad, en una serie de herederos sucesivos instituidos por los mismos testadores”.¹⁶⁷

El antecedente más moderno de la institución del fideicomiso mexicano lo constituye el *use* o *trust* del derecho británico y del estadounidense, dicha palabra significa “comisión de fe” con base en la confianza. Estrictamente hablando, antes de 1900 no hubo antecedentes históricos del fideicomiso en nuestro país, salvo el *trust deed* (que se constituía en Estados Unidos con bienes raíces ubicados en México, a favor de instituciones fiduciarias norteamericanas, como acreedores hipotecarios y en beneficio de los tenedores de las obligaciones o bonos que se ordenó emitir para garantizar el financiamiento a la construcción de ferrocarriles de las compañías mexicanas ferroviarias, el 21 de noviembre de 1905) que fue otorgado en el extranjero para surtir efectos en México al amparo del Código Civil de 1899 y que para algunos autores fue considerado como un contrato de préstamo, mandato e hipoteca. Puede concluirse que el fideicomiso se inició con un

¹⁶⁶ SALAS Gutiérrez Carlos [dir.], *El servicio fiduciario en México y su origen*, México, Nacional Financiera.

¹⁶⁷ ROALDINI Jesús, *Actualidad y futuro del fideicomiso en México*, Bancomer, Institución de Banca Múltiple, México, 1997, p. 19.

acto de fe, de confianza, que adquiere vida jurídica por medio de un instrumento primordialmente bancario.¹⁶⁸

Las instituciones fiduciarias aparecen en México con la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de enero de ese año, sin embargo no precisaba las características del fideicomiso, ni reglamentaba sus efectos, sólo se concretaba a mencionarlo. La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 regula esta figura como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaban al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que dispusiera de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entregaba, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

Es en 1932, con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando el fideicomiso queda reglamentado en nuestro país en forma íntegra y por primera vez en un ámbito mundial; en sus artículos 346 (precepto citado anteriormente) y 347.

1.2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

Determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso resulta una tarea compleja por la diversidad de criterios existentes, la doctrina tiene diversas teorías al respecto pero la mayoría de los tratadistas coinciden en que el fideicomiso es un negocio jurídico.

Humberto Ruiz Torres afirma que establecer la naturaleza jurídica de una institución implica determinar qué significado tiene para el derecho, lo cual no es una tarea sencilla y resulta conveniente saber si se trata de un hecho jurídico, de un acto jurídico o bien de un negocio jurídico.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Cf. GUZMÁN Holguín Rogelio, *op. cit.*, p. 214.

¹⁶⁹ Cf. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 151.

Para poder comprender mejor estos conceptos vale la pena citar la teoría del acto jurídico de Carlos Dávalos Mejía que contiene lo siguiente:

- "Un hecho simple o no jurídico, cuando el acontecimiento no está previsto en el derecho como supuesto normativo.
- Un hecho jurídico en sentido lato, que es el acontecimiento no humano, que, por oposición al hecho simple o no jurídico, está previsto como supuesto normativo.
- Un hecho jurídico en sentido estricto, donde existe una acción humana con consecuencias jurídicas no deseadas por el sujeto.
- Un acto jurídico en sentido amplio, con una deliberada participación (humana) tanto en el acto como en sus consecuencias.
- Un acto jurídico en sentido estricto o negocio jurídico, con deliberada participación humana en el diseño del acto, en su realización y en sus consecuencias. Aquí la voluntad ... no sólo se manifiesta en el sentido de realizar el acto, sino también en el sentido de que las características de sus consecuencias sean las deseadas, respecto de cuya amplitud, por lo mismo, tiene un grado de libertad que sólo está limitada por la Ley ...¹⁷⁰

Para algunos es considerado como un negocio jurídico porque conlleva la realización de actos cuyas consecuencias son deseadas por quienes participan en él, con una amplia ingerencia de libertad, en el diseño, las características y las consecuencias del propio acto, aún cuando queda sujeto a las limitaciones de la ley. Para otro sector, el fideicomiso es un negocio jurídico en los términos antes señalados pero con la característica específica de que existe un patrimonio autónomo o de afectación, destinado de forma exclusiva al cumplimiento de la finalidad pactada, que se impone al fiduciario como obligación y como limitación, haciéndolo entonces un negocio jurídico fiduciario. Para otros, el fideicomiso es simplemente una declaración unilateral de voluntad, por el hecho que puede constituirse con la sola expresión de voluntad del fideicomitente, en el sentido de disponer ciertos bienes materiales o derechos de los que es titular a efecto de que exista el fideicomiso.¹⁷¹

¹⁷⁰ RUIZ Torres Humberto cita a Dávalos Mejía Carlos, *loc. cit.*

¹⁷¹ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 152.

A su vez, Jorge Alfredo Domínguez Martínez nos cita otras teorías que a continuación enumero:

1. El fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

2. El fideicomiso como patrimonio sin titular ya que el patrimonio es autónomo porque no pertenece a ninguna de las personas que participa en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente.

3. El fideicomiso como una transmisión de derechos de los que es titular el fiduciario, el titular jurídico del fideicomiso es el fiduciario, pero los titulares económicos son el fideicomisario y el fideicomitente.¹⁷²

Luis Muñoz en su libro *El Fideicomiso* menciona dos supuestos más respecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso:

1. El fideicomiso como régimen de propiedad en tanto que se crea una nueva estructura en el derecho de propiedad debido a la traslación de dominio que produce efectos frente a terceros y el fiduciario aparece como dueño. Sin embargo, este dominio tiene caracteres especiales que constituye los bienes dados en fideicomiso como un patrimonio separado.

2. El fideicomiso como operación bancaria ya que sólo puede ser practicado por instituciones expresamente autorizadas por la ley conforme al artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Entonces el fideicomiso como operación bancaria es acto de comercio (como lo dispone el artículo 75, fracción XIV del Código de Comercio).¹⁷³

Mario Bauche Garcíadiego expresa: "el negocio jurídico más importante dentro de las operaciones complementarias o contratos accesorios que realizan las instituciones de crédito es el fideicomiso. Mediante él una persona física o moral

¹⁷² DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo cita a Landerreche Obregón y a Rodríguez Rodríguez, *El fideicomiso*, 9ª ed., editorial Porrúa, México, 2001, pp.146, 153 y 159.

¹⁷³ MUÑOZ Luis, *El fideicomiso*, 2ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2001, pp. 13-15.

destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad, lícita y determinada, encargando a una institución fiduciaria llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona”.¹⁷⁴

Para el tratadista Domínguez Martínez el fideicomiso es un negocio jurídico dado que éste requiere la manifestación de una o varias voluntades, las cuales traen aparejado un objeto determinado, algunos incluso tienen como requisito la observancia de ciertas formalidades específicas, así como contar con elementos esenciales: la manifestación de voluntad, objeto y solemnidad (esta última si el ordenamiento legal la impone). Se consideran como elementos de validez o de requisitos esenciales: la licitud en el objeto, en el motivo o fin en la condición del negocio, es decir, que aquéllos sean lícitos; la capacidad para celebrar negocios jurídicos reconocida por la ley para su autor o partes, esto es, que la manifestación de voluntad, sea una o varias, provenga o provengan de persona o personas capaces; la forma y en último término, la ausencia de vicios en la voluntad.¹⁷⁵

En mi opinión, la naturaleza jurídica más acertada es la que determina al fideicomiso como un negocio jurídico que parte de un contrato, cuya finalidad es realizar actos tendientes a lograr un fin con la participación de sus partes, dentro de los términos que la ley permite.

“El negocio jurídico es un hecho jurídico que debe catalogarse en la categoría de los actos libres, en los cuales se manifiesta plenamente la autonomía del sujeto.

Es un acto de voluntad libre que tiene un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce, como consecuencia de dicha tutela, determinados efectos jurídicos...

Dentro de estos negocios jurídicos surgen los negocios fiduciarios, que en un principio se presentan como negocios atípicos e innominados y posteriormente se van reglamentando por parte del legislador.

Negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos obligándose esta a afectarlos a la

¹⁷⁴ BAUCHE Garcíadiego, Mario, *op. cit.*, p. 374.

¹⁷⁵ Cfr. DOMINGUEZ Martínez Jorge Alfredo. *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*, 3ª ed., editorial Porrúa, México, 1982, pp. 37 y 38.

realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos al transmitente".¹⁷⁶

Las principales características del negocio fiduciario son:

1. Unidad del negocio. El negocio fiduciario es un negocio único formado por dos relaciones: una real, que hace posible la transmisión de un bien o de un derecho, del fiduciante al fiduciario y una relación obligatoria por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fiduciante de retransmitirle ese bien o derecho de transmitirlo a un tercero.
2. Transmisión plena de bienes y derechos. La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena; si se trata de bienes, se transmite la propiedad y si se trata de derechos, la plena titularidad.
3. Afectación de un fin. La relación personal en el negocio fiduciario implica la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes o derechos recibidos a un determinado fin de carácter lícito.¹⁷⁷

Finalmente, para Guzmán Holguín "el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración de voluntad; puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato, pero no será el acuerdo de voluntades que lo constituya al fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente".¹⁷⁸

Respecto al concepto de fideicomiso la doctrina cuenta con un número amplio y variado del mismo, he aquí algunas de estas definiciones:

Comienzo por citar el concepto que proporciona la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el artículo 381 que señala que en el fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos

¹⁷⁶ ROALDINI Jesús, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 30 y 31.

¹⁷⁸ GUZMAN Holguín Rogelio, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

“En el fideicomiso, el fideicomitente transmite ciertos bienes o derechos al fiduciario que se obliga a destinar los bienes o a ejercer los derechos para la obtención de una finalidad lícita y determinada, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario, con la obligación, una vez cumplida dicha finalidad, de retransmitirlos al fideicomitente o bien transmitirlos al fideicomisario”.¹⁷⁹

Los bienes que recibe el fiduciario en la celebración de los fideicomisos no ingresan a su patrimonio personal, sino que se crea un patrimonio autónomo, diferente para cada operación. El patrimonio separado es un patrimonio destinado a un fin especial, es una *universitas juris* que comprende derechos y obligaciones que son necesarios e indispensables para el fin al cual se destinan. Por lo tanto el fiduciario será titular de tantos patrimonios, como fideicomisos en los que intervenga.¹⁸⁰

Se puede definir al fideicomiso “como un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y ejercer los derechos, para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario”.¹⁸¹

Juan Suayfeta estima que el fideicomiso “es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme le ordene la persona que los transmite, llamada fideicomitente o del propio fideicomitente”.¹⁸²

Para Luis Muñoz “fideicomiso es un acto de comercio de los negociales (fideicomisario y fideicomitente); *inter vivos* y también *mortis causa*, y por consiguiente negocio jurídico mercantil bancario, complejo, tipo, típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria sujeto a cláusulas generales negociales, con

¹⁷⁹ ROALDINI Jesús, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁰ Cfr., *ibid.*, pp. 31 y 32.

¹⁸¹ ROALDINI Jesús, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁸² MENDOZA Martell Pablo E. y Preciado Briceño Eduardo citan a Juan Suayfeta, *op. cit.*, p. 194.

efectos reales, y en virtud del cual se transfiere la propiedad fiduciaria con la finalidad de que se observen los comportamientos pactados y congruentes con la función negocial”¹⁸³.

De las anteriores definiciones considero al fideicomiso como un negocio jurídico de naturaleza mercantil, en el que el fideicomitente cede la propiedad de un patrimonio autónomo (ya sean bienes o derechos) al fiduciario, buscando el cumplimiento de un fin lícito y posible, generalmente en beneficio de otra parte conocida como fideicomisario.

1.3. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso puede constituirse como contrato, decreto o ley del poder público o como declaración unilateral de voluntad, en el primero de los casos, la estructura típica es la siguiente:

- La existencia de un fideicomitente que destine ciertos bienes o derechos (patrimonio fideicomitado) a un fin lícito determinado.
- La celebración de un contrato escrito entre el fideicomitente y el fiduciario.
- La existencia de un patrimonio autónomo, que es un patrimonio destinado a un fin lícito, respecto del cual el fiduciario se comporta como titular para el cumplimiento de los fines del contrato.
- La designación de beneficiarios, que reciben el nombre de fideicomisarios.¹⁸⁴

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula en su título V lo relativo a la parte sustantiva del fideicomiso, de su artículo 381 al 394; los sujetos del fideicomiso pueden deducirse del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dice: “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos

¹⁸³ MUÑOZ Luis, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁴ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 153.

y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”

De conformidad con los lineamientos de la ley antes mencionada, se tienen los siguientes elementos personales del fideicomiso:

- El fideicomitente, que es cualquier persona física o colectiva con capacidad legal para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso.
- El fideicomisario, que puede ser cualquier persona que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, sin embargo el fideicomiso puede existir sin esta parte, siempre y cuando el fin del fideicomiso sea lícito y determinado.
- El fiduciario (o institución fiduciaria), el cual tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, con excepción de las normas o limitaciones que se establezcan al efecto. Generalmente, este papel lo adopta una institución de crédito que estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo que siempre debe constar por escrito.
- Delegado fiduciario, a través de ellos las instituciones de crédito ejercen los derechos y las acciones tendientes al cumplimiento del fin del fideicomiso.

Respecto de este último elemento, Miguel Acosta Romero señala que los delegados fiduciarios “son uno o más funcionarios que designan las instituciones, especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos fiduciarios y de cuyos actos responderá directa o ilimitadamente la institución sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente, ya que obligan a la institución con su firma, y su cometido es personalísimo y no pueden delegar sus funciones de mando, de decisión o discrecionales, las que deben ser realizadas personalmente por ellos”.¹⁸⁵

¹⁸⁵ ACOSTA Romero Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 17ª. ed., editorial Porrúa, México, 2004, pp. 587 y 588.

El elemento material del fideicomiso es el patrimonio fideicomitado, que puede ser cualquier bien o derecho que será transmitido como medio para el cumplimiento de un fin; nos refiere Ruiz Torres que el patrimonio dado en fideicomiso se considera autónomo y que el fiduciario puede ejercer los derechos y acciones legales que se refieran a ese fin, es decir, se considera como el titular del patrimonio pero no por ello es propietario del mismo.¹⁸⁶

En apoyo a lo anterior, Guzmán Holguín también considera que el patrimonio de un fideicomiso es autónomo, esto es, en el aspecto jurídico, independiente de cualquier otro, a pesar de que se encuentra bajo la titularidad y dirección exclusiva del fiduciario.¹⁸⁷

Finalmente el autor Miguel Acosta afirma: “el fideicomiso implica siempre la existencia de un patrimonio que se transmite por el fideicomitente, al fiduciario, para la realización de un fin lícito y que éste se convierte en titular del mismo, con las modalidades y limitaciones que establezcan en el acto constitutivo.

El titular del patrimonio fiduciario lo será siempre la institución de crédito que desempeñe el cargo de fiduciaria el fideicomitente y, en su caso, los fideicomisarios o beneficiarios, sólo tendrán derecho a los rendimientos que produzca el patrimonio, o en su caso, a los remanentes que quedaron una vez cumplido el fin para el cual se constituyó, o los derechos que expresamente se hubieren reservado en el acto constitutivo”.¹⁸⁸

Otro elemento que agregan algunos autores como Roaldini es el formal; para él los elementos formales constituyen la manifestación externa que debe revestir el fideicomiso.

“Conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso debe constar por escrito y revestir las formalidades especiales según se trate de un acto entre vivos o de un testamento. Cuando el fideicomiso es convencional, es decir, cuando se establece por acuerdo expreso de las parte, debe

¹⁸⁶ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸⁷ Cfr. GUZMAN Holguín Rogelio, *op. cit.*, p. 215.

¹⁸⁸ ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, p. 557.

ajustarse a los términos de la legislación común, sobre transmisión de los derechos de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso".¹⁸⁹

Una vez que se conocen los elementos personales del fideicomiso, es importante conocer sus derechos y facultades:

a) Del fideicomitente

- Señalar los fines del fideicomiso;
- Designar a los fideicomisarios y a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario;
- Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso;
- Prever la formación de un comité técnico, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades;
- Exigir al fiduciario la rendición de cuentas de su gestión, cuando se haya reservado este derecho expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso o en la modificaciones del mismo;
- En los fideicomisos onerosos; exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho;
- En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Respecto de las obligaciones del fideicomitente se destaca como la principal, transmitir al fiduciario los bienes y derechos, materia del fideicomiso. A su vez, debe asumir las obligaciones recíprocas que haya contraído por el ejercicio de los derechos que expresamente se haya reservado.

b) Del fiduciario

Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario, el cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de los derechos que se transmiten, pues está obligado a ejercerlos para alcanzar los fines del fideicomiso. Estas obligaciones

¹⁸⁹ ROALDINI Jesús, *op. cit.*, p. 40.

pueden ser de dar (como las de pagar al fideicomisario los beneficios del fideicomiso), de hacer (primordialmente las de ejecutar los fines del fideicomiso) y de no hacer (comprenden las de abstenerse de hacer mal uso de los derechos fideicomitidos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren).

c) Del fideicomisario

Sus derechos son:

- Aquellos que se deriven del acto constitutivo del fideicomiso;
- Exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso;
- Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio, de mala fe;
- Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio, en exceso de las facultades que el acto constitutivo o la ley confieran;
- Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio del fideicomiso;
- Elegir institución fiduciaria cuando haya renunciado la que originalmente fungió con ese carácter; fuese removida o sí el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico;
- Aquellos otros derechos que, por las peculiaridades de cada fideicomiso, pudieran corresponderle de acuerdo con lo que se haya pactado en la constitución respectiva.

Respecto de las obligaciones del fideicomisario sólo puede decirse que éstas existen según se presenten dos situaciones:

- Cuando se designa fideicomisaria a una persona a quien se desea beneficiar por un acto de liberalidad del fideicomitente;
- Cuando el fideicomiso se celebró por mutuo acuerdo entre fideicomitente y fideicomisario y como consecuencia del mismo, el fideicomitente transmite al fiduciario ciertos bienes o derechos y a cambio de esta

enajenación, el fideicomisario debe pagar una contraprestación al fideicomitente, que en la generalidad se traduce en dinero.¹⁹⁰

1.4. OBJETO Y EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Las causas de extinción del fideicomiso se establecen en el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones, estas causas son:

- Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- Por hacerse éste imposible;
- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución (salvo la excepción ubicada en el art. 394 fracción III, en cuyo caso puede durar más de 50 años);
- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;
- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
- En el caso del párrafo final del artículo 386 de la ley antes mencionada (el cual trata sobre el fideicomiso constituido en fraude a terceros).

“El fideicomiso establece siempre obligaciones principales a cargo del fideicomitente para con el fiduciario y del fiduciario para con el fideicomisario. Estas obligaciones tienen a su vez por contenido la transmisión de bienes, que son el medio para el cumplimiento del fideicomiso, y los actos que debe ejecutar el fiduciario para la realización de las finalidades supuestas por el cumplimiento del fideicomiso”.¹⁹¹

El objeto del fideicomiso (los bienes que forman un patrimonio autónomo) a partir de serlo, pasa a integrarse al singular universo de los bienes jurídicos que

¹⁹⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 34-37.

¹⁹¹ GUZMÁN Holguín Rogelio cita a Rodríguez Rodríguez Joaquín, *op. cit.*, p. 215.

deben ser vigilados, ya que por diferentes motivos su propietario no puede ejercer su derecho de propiedad de modo ilimitado como normalmente sucede en los bienes y patrimonios que no están vigilados de manera especial. El patrimonio, que se crea voluntariamente del desprendimiento que hizo el fideicomitente de parte del suyo, implica una transmisión de propiedad, pero no en términos civiles, sino fiduciarios; lo que significa que el interés de dicha transmisión no es la transmisión en sí misma, sino la consecuencia de un fin ulterior...¹⁹²

En general puede resumirse que el fin del fideicomiso es el conjunto de todas las actividades jurídicas que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente, siempre que éstas sean lícitas, posibles y determinadas.

Villagordoa Lozano hace una clasificación del fideicomiso partiendo de los fines que pretende alcanzar el fideicomitente, a través de la actuación que tiene el fiduciario en el ejercicio de los derechos transmitidos que constituyen el patrimonio fideicomitado. Delimita la actuación del fiduciario en tres situaciones para la realización de los fines del fideicomiso: a) "El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados para transmitirlos al fideicomisario cuando se hayan reunido los requisitos señalados por el fideicomitente (fideicomisos translativos).

b) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados, para que con ellos se garantice el cumplimiento de una obligación principal (fideicomisos de garantía).

c) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados (dinero o bienes de fácil realización) para proceder a efectuar las inversiones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso, o para encargarse de la guarda, conservación o en general de cualquier otro acto de administración de los mismos (fideicomisos de administración)".¹⁹³

En todo contrato de fideicomiso existe una finalidad predominante que es la que sirve de base para determinar su clasificación individual; considera que en el fideicomiso se pueden señalar diversos fines pero solamente uno de ellos es el principal.

¹⁹² *Loc. cit.*

¹⁹³ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel *Doctrina General del Fideicomiso*, 3ª ed., editorial Porrúa, México, 1998, pp. 218 y 219.

“El fideicomiso puede tener por objeto muy diversos fines, entre los que destacan particularmente los siguientes: desarrollos turísticos e inmobiliarios; testamentarios; de garantía; de inversión; como forma alterna de pago para constituir fondos de ahorro; para pago de pensiones; primas de antigüedad; planes de becas; investigación y desarrollo tecnológico”.¹⁹⁴

Los ordenamientos que sustentan el fideicomiso en México son principalmente:

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de Entidades Paraestatales (si se trata de fideicomisos públicos), el Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras (en el caso de fideicomisos con inversión extranjera en zona prohibida), la Ley del Mercado de Valores y las Reglas Generales que emita el Banco de México (si se trata de operaciones con valores), la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley de Instituciones de Fianzas y la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

2. SECRETO FIDUCIARIO

Existe poca información que trate a fondo lo referente al secreto fiduciario, esta carencia probablemente derive de la falta de una buena regulación jurídica respecto del fideicomiso en general, pues la mayoría de los tratadistas se dedican solamente a analizar el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito (precepto que regulaba lo referente al secreto fiduciario) y a emitir una opinión al respecto, sin estudiar todos sus elementos y demás características.

Las operaciones que protege el secreto fiduciario son el mandato, comisión y fideicomiso. Pueden tener acceso a la información de las operaciones protegidas por el secreto fiduciario: las partes contratantes, la Comisión Nacional Bancaria y de

¹⁹⁴ MENDOZA Martell Pablo E. y Preciado Briceño Eduardo, *op. cit.*, p. 205.

Valores, las autoridades judiciales y tribunales en procesos en donde las propias partes se encuentren en conflicto.¹⁹⁵

“La compilación de disposiciones jurídicas aplicables en materia de fideicomiso y actividad fiduciaria muestra a un conjunto de normas dispersas en un amplio número de ordenamientos de diversa jerarquía normativa e importancia regulatoria. Esta dispersión origina una regulación jurídica no sistemática y carente de racionalidad normativa, lo que da por resultado una pérdida de funcionalidad y, por consiguiente, de eficacia regulatoria de todo ese conjunto de disposiciones jurídicas.

La dispersión y desorden normativos de la reglamentación jurídica sobre fideicomiso y actividad fiduciaria se explican por diversas causas, entre las que pueden mencionarse las siguientes: la expedición de los diferentes ordenamientos a través de un largo periodo de tiempo; los diferentes y a veces contradictorios intereses y objetivos de las dependencias de los gobiernos federal y locales; la incontrolable e irrefrenable propensión de las dependencias de los gobiernos federales y locales a la regulación de la actividad de los agentes económicos y la ausencia de una técnica legislativa y reglamentaria en la formulación y elaboración de esos ordenamientos”¹⁹⁶.

Para juzgar sobre la funcionalidad jurídica y racionalidad económica de la reglamentación sobre fideicomiso y actividad fiduciaria debe examinarse dicha reglamentación, enfocándose principalmente a los ordenamientos más relevantes.

Hasta antes de la reforma de 2005 en la Ley de Instituciones de Crédito era el artículo 118 el que determinaba que:

con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la violación al secreto propio de las operaciones fiduciarias, mandatos y comisiones, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que nos sean aquellos entablados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante contra la institución o

¹⁹⁵ Cfr. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 1332 y 1333.

¹⁹⁶ ROALDINI Jesús, *op. cit.*, p. 205.

viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daño y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

Las operaciones que enuncia dicho precepto, además de encontrarse protegidas por el secreto bancario están adicionadas con el denominado secreto fiduciario, pero el legislador incluye también las operaciones de mandato y comisión.

Haciendo un análisis al respecto, Erick Carvallo menciona: “la información que deriva de esas operaciones no puede otorgarse ni siquiera a los tribunales judiciales o administrativos del país, sean locales o federales ni aun existiendo providencia o juicio en el que el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante sean parte, salvo que el juicio correspondiente se entable por cualquiera de ellos en contra del banco o por el banco contra cualquiera de ellos”. Finalmente concluye que este secreto se diferencia del bancario y bursátil en tanto que establece una responsabilidad penal precedente ante los daños y perjuicios que se causen por la violación al mismo.¹⁹⁷

Por otra parte, Mendoza Martell afirma: “el secreto fiduciario es más estricto que el secreto bancario, ya que solamente pueden tener acceso a la documentación o información del fideicomiso, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia, el fideicomitente y el o los fideicomisarios y las autoridades judiciales y administrativas en aquellos juicios o procedimientos entablados por el fideicomitente o los fideicomisarios, es decir, en los que éstos tengan el carácter de actor en dichos procedimientos. En el caso de que alguna autoridad judicial o administrativa, dentro de un procedimiento que no haya sido promovido por el fideicomitente o fideicomisario, requiera a una institución de crédito información o documentación relativa a un fideicomiso, deberá canalizar su petición a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”.¹⁹⁸

Miguel Acosta Romero también analiza el texto del artículo y considera absurdo que los fideicomitentes, fideicomisarios, mandantes o comitentes no

¹⁹⁷ CARVALLO Yáñez Erick, *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano*, 3ª. ed., editorial Porrúa, México, 2003, t. II, p. 333.

¹⁹⁸ MENDOZA Martell Pablo E. y Preciado Briceño Eduardo, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

puedan pedir información a las fiduciarias, sino a través de juicio en contra del fiduciario, lo cual le resulta inadmisibile, pues el derecho a la información de las partes que concurren a un contrato es evidente, y el secreto fiduciario no puede llegar a esos grados. Concluye que la redacción del precepto es pésima y oscura porque no existen motivos suficientes para sustraer a la operación del fideicomiso de las reglas generales del secreto bancario dado que el fideicomiso es una operación de crédito tan normal como cualquier otra y, por lo tanto, no debe estar rodeado de mayor secreto o sigilo que evite el cumplimiento de averiguaciones de delitos o cuestiones fiscales. Propone que el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito sea derogado y que se incluya al fideicomiso dentro del secreto bancario en general.¹⁹⁹

En apoyo a lo anterior está el doctor Jesús de la Fuente, quien afirma que el secreto mal llamado fiduciario debe ser identificado como secreto profesional porque no está limitado a las operaciones de fideicomiso, por dicho motivo es que su regulación no está contemplada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que forma parte de la legislación básica del fideicomiso, sino dentro de la legislación que regula las instituciones fiduciarias. Basa su afirmación en lo siguiente:

- "Si la razón de constituir un fideicomiso es el carácter confidencial (no secreto) y la confianza que deposita una persona para que su encargo sea realizado por la buena fe de un tercero llamado fiduciario, a favor de un tercero llamado fideicomisario, el secreto profesional que regulaba el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito debería excluir las operaciones de mandato y comisión, porque dichas figuras no persiguen los fines del fideicomiso.

- Si en la regulación del secreto bancario contenida en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito se contempla que las autoridades hacendarias pueden recibir información de las operaciones que celebren sus clientes, y que considera debe obedecer a las facultades de comprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y con la reforma realizada a la Ley de Instituciones de Crédito y al Código Fiscal de la Federación en su artículo 115-bis (referente a la prevención y detección de operaciones de lavado de dinero) que se delimitan, entre

¹⁹⁹ Cfr. ACOSTA Romero Miguel, *op. cit.*, pp. 402 y 403.

otras disposiciones, por el artículo 48 del Código Fiscal: cuando las autoridades fiscales soliciten de los contribuyentes, responsables solidarios o terceros, informes, datos o documentos o pidan la presentación de la contabilidad o parte de ella, para el ejercicio de sus facultades de comprobación, fuera de una visita domiciliaria, se estará a lo siguiente [...]

- Si el motivo de constituir un fideicomiso es la confidencialidad y confianza del encargo que le es otorgado a un banco para que lo desempeñe como fiduciaria, y si lo que pretende regular es la actuación del fiduciario, debería preverse lo necesario en la legislación sustantiva a fin de que aplique a instituciones fiduciarias no bancarias, que en sus respectivas legislaciones no aluden en forma expresa al secreto fiduciario".²⁰⁰

Concluye que la regulación de un secreto profesional en forma especial por el artículo 118 no es razonable, por lo que debería mantenerse la regulación del secreto bancario y en su caso, hacerlo más rígido por lo que toca al fideicomiso y no hacerlo extensivo para los efectos de la comisión y mandato.

El legislador en un análisis que realiza al respecto, efectivamente deroga dicho precepto y traslada el secreto fiduciario al artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Humberto Ruiz Torres como los demás tratadistas ya citados, analiza el 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, enfocándose más en lo que respecta a las instituciones de crédito que pueden fungir como fiduciarias, es decir, como titulares de un patrimonio fideicomitado (en este caso, tienen una personalidad y un patrimonio por propio derecho y otra personalidad y patrimonio referidos específicamente a su calidad de fiduciarias en cada uno de los fideicomisos en que actúen como tales), a fin de actuar frente a terceros, ya que el fideicomiso carece de personalidad jurídica propia.

El texto del multicitado artículo 118 excluye a las autoridades administrativas o jurisdiccionales para requerir en forma directa a las instituciones fiduciarias información en relación a los fideicomisos de cuyos patrimonios son titulares; salvo

²⁰⁰ DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *op. cit.*, pp. 1334 y 1335.

que se trate de controversias en las que el fideicomitente o fideicomisario sea parte, denunciante o querellante; debiéndose tratar no de un fideicomiso que guarde relación, sino del que se ha solicitado la revelación del secreto fiduciario. A su vez, el artículo 118 habla del comitente y del mandante, imponiendo el mismo deber que implica el secreto fiduciario, a esto propone Ruiz Torres que debería tratarse del secreto del comisionista y del secreto del mandatario.²⁰¹

Respecto del secreto fiduciario está la siguiente tesis con el número de registro 183823 del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

"FIDEICOMISO. PARA QUE SE PRODUZCA LA REVELACIÓN DEL SECRETO FIDUCIARIO ANTE TRIBUNALES O AUTORIDADES EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES, SE REQUIERE NECESARIAMENTE QUE ÉSTOS SEAN ENTABLADOS POR EL FIDEICOMITENTE O FIDEICOMISARIO, COMITENTE O MANDANTE, CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA O VICEVERSA.

De la interpretación conjunta de los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito se desprende el establecimiento de la figura conocida como el "secreto fiduciario", que impone a las instituciones de crédito la obligación de guardar reserva o sigilo sobre la información que derive de las operaciones de fideicomiso a que se refiere el artículo 46, fracción XV, de la misma ley, salvo que tal información sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, las autoridades o tribunales, en juicios o reclamaciones que sean instaurados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución crediticia o viceversa, y como la figura del secreto fiduciario está sustentada en una relación de confianza que surge entre el cliente y la institución, permitiendo a ésta la incursión al ámbito económico o patrimonial de una persona derivado de la operación de fideicomiso, de ello se concluye que no basta que en un procedimiento judicial determinado, cualquier persona que no tenga previamente reconocida calidad jurídica en el contrato de fideicomiso, demande información sobre el mismo al fiduciario o fideicomitente o a ambos a la vez, para que se estime que no hay violación al secreto fiduciario, porque sería tanto como hacer a un lado el espíritu de la ley y admitir como legal un fraude a ésta, pues bastaría activar la función jurisdiccional e involucrar al fiduciario o fideicomitente para obtener cualquier clase de información relacionada con las operaciones bancarias a que se refiere el artículo 46 y, en particular, su fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito.

²⁰¹ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

Amparo en revisión 71/2003. Banco Nacional de México, S.A. 13 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdalena".²⁰²

Como se observa de la anterior tesis, la revelación de la información está sujeta a términos más estrictos que el secreto bancario, pues requiere que se acredite la calidad jurídica dentro del fideicomiso, y no es suficiente razón el solo hecho de iniciar alguna cuestión de carácter judicial.

Otra tesis (con el número de registro 922833) relevante que aborda el secreto fiduciario y que a continuación refiero no sólo por tratarlo sino también porque me permite hacer una comparación con la tesis 213 que cité en el capítulo de secreto bancario (tesis en la que este secreto no era aplicable al Instituto Federal Electoral en ejercicio de sus facultades de fiscalización) es la siguiente:

"SECRETO FIDUCIARIO. ES INAPLICABLE AL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, EN EJERCICIO DE FACULTADES DE FISCALIZACIÓN.

La obligación de sigilo respecto de las operaciones fiduciarias establecida en el artículo 46, fracción XV, de la Ley de Instituciones de Crédito (secreto fiduciario) es inaplicable al Instituto Federal Electoral, en los casos en que realiza actividades de fiscalización de los recursos públicos otorgados a los partidos y agrupaciones políticas. Para arribar a la anotada conclusión, se toma en cuenta que el secreto fiduciario constituye una especie del secreto bancario, referida limitativamente a dichas operaciones, pues su base también es una relación de confianza, en virtud de la cual un particular da a conocer a una institución de crédito su ámbito económico o patrimonial. Además, tal obligación de reserva se encuentra regulada por la propia ley que rige a tales instituciones crediticias, inmediatamente después de prever el secreto bancario en general. Por esta razón, las normas referidas al secreto bancario le son aplicables, en lo que no se rija por disposiciones especiales, que excluyan a aquéllas.

Recurso de apelación. SUP-RAP-050/2001. Partido Revolucionario Institucional, 7 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González, Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Recurso de apelación. SUP-RAP-054/2001. Partido de la Revolución Democrática, 7 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando Ojesto Martínez Porcado, Secretario: Adán Armenta Gómez".²⁰³

²⁰² Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, XVLLL, Julio de 2003, 9ª época, p. 1111

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.140.C.18 C.

²⁰³ Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002, Sala Superior, tesis S3EL 166/2002, Tomo VIII, 3ª época, pp. 755-756.

Por lo tanto, al comparar las tesis que tratan el secreto bancario y fiduciario respecto del Instituto Federal Electoral para sus facultades de fiscalización, se observa que el IFE somete al secreto fiduciario a las normas del secreto bancario, determinando que el primero es parte del segundo.

3. SECRETO BANCARIO Y FIDUCIARIO EN EL DERECHO COMPARADO

En este apartado me concretaré a presentar brevemente la forma en que se regula el secreto bancario y fiduciario en las legislaciones de otros países, a manera de comparación y para confirmar la importancia de dicha figura no sólo en un ámbito nacional, sino también internacional.

Tanto el secreto bancario como los centros financieros extraterritoriales y los servicios que prestan tienen sus aplicaciones legítimas. El secreto bancario tiene su raíz en la práctica tradicional de *common law* y constituye una dimensión importante de la vida privada de las personas y de las sociedades comerciales. La mayoría de los países disponen de alguna ley al respecto, incluso en Estados Unidos, nación considerada como la más ávida de obtener información bancaria, existe una ley protector del secreto bancario. La normativa puede ser draconiana o penal o meramente civil.

En los casos más conocidos, la ley que ampara al secreto bancario tipifica como delito la divulgación de información sobre un cliente a toda parte que sea ajena al banco. En muchos casos se han previsto excepciones para los servicios locales de vigilancia bancaria y los auditores. Pero en algunos países, los auditores están expuestos a las mismas penas que los bancos de divulgar datos bancarios y deben ser nacionales o residentes permanentes en el país para poder tener acceso a los datos de las instituciones bancarias.²⁰⁴

²⁰⁴ Naciones Unidas, Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero, en *Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal*, núm. doble 34 y 35, ONU, Austria, 1999 (Serie Técnica del PNUFID, 8), p. 29.

3.1. PERÚ

La propia Constitución Política de Perú hace referencia a la figura del secreto bancario de la siguiente manera:

Artículo 2º Toda persona tiene derecho:

1 [...]

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6 [...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados [...]

Artículo 97º. El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

Existe también la Ley No. 26702 “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)” que en su capítulo 2 regula el secreto bancario del artículo 140 al 143. Dichos preceptos contienen la siguiente información:

Se prohíbe a las empresas del sistema financiero, a sus directores y trabajadores a suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con

sus clientes, a menos que exista autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 143.

También se encuentran obligados a observar el secreto bancario:

1. El superintendente y los trabajadores de la superintendencia [...]
2. Los directores y trabajadores del Banco Central de Reserva del Perú.
3. Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

Se excluye la aplicación de dicha obligación en los siguientes casos:

1. Tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, en cuyo caso la empresa y/o sus trabajadores están obligados a comunicar acerca de tales movimientos a la Unidad de Inteligencia Financiera. En este caso, la autoridad correspondiente inicia las investigaciones necesarias y, en ningún caso, dicha comunicación puede ser fundamento para la interposición de acciones civiles, penales e indemnizatorias contra la empresa y/o sus funcionarios.
2. Quienes se abstengan de proporcionar información sujeta al secreto bancario a personas distintas a las autorizadas por la ley y las autoridades que persistan en requerirla incurrir en el delito de abuso de autoridad.

El secreto bancario no impide el suministro de información de carácter global, especialmente en los siguientes casos:

1. Cuando sea proporcionada por la Superintendencia al Banco Central y a las empresas del sistema financiero con fines estadísticos o para formular la política monetaria y su seguimiento.
2. Cuando se suministre a bancos e instituciones financieras del exterior con los que se mantenga corresponsalía o que estén interesados en establecer una relación de esa naturaleza.
3. Cuando la soliciten las sociedades de auditoría o firmas especializadas en la clasificación de riesgo.
4. Cuando lo requieran personas interesadas en la adquisición de no menos de treinta por ciento (30%) del capital accionario de la empresa.

No constituye violación del secreto bancario la divulgación de información sobre las sumas recibidas de los distintos clientes para fines de liquidación de la empresa.

Finalmente, el secreto bancario no rige cuando la información la requieran:

a. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.

b. El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.

c. El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.

d. El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

d. El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

Respecto de la responsabilidad en que se incurre frente a la violación del secreto bancario en este país, se tiene que quienes accedan a información secreta están obligados a mantenerla con dicho carácter en tanto ésta no resulte incompatible con el interés público. En caso de violación y sin perjuicio de la responsabilidad penal que señala el artículo 165º del Código de la materia se considera falta grave para efectos laborales y, cuando ello no fuere el caso, se sanciona con multa.

Más adelante, la misma ley No. 26702 regula lo relativo al fideicomiso, y define en su artículo 241 una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere

bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

Respecto del secreto fiduciario, en el artículo 256 numeral 7, esta ley sólo se concreta a citar como una de las obligaciones de la empresa fiduciaria:

“Guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que esta ley establece para el secreto bancario.”

Lo anterior es, a grandes rasgos, la manera en que se regulan los secretos bancario y fiduciario en Perú; por lo que hace al primero, desde mi punto de vista, una regulación bastante concreta que parte desde su Constitución como derecho fundamental de toda persona, para después dedicar un capítulo completo de una ley especial, como lo es la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, a tratar dicho secreto. En cuanto al secreto fiduciario, su regulación es similar a la de México, en tanto que no hay mucha información y lo somete a los términos bajo los que regula el secreto bancario.

3.2. PANAMÁ

Guillermo A. Cochez y Víctor Martínez en la Revista Anuario de Derecho,²⁰⁵ abordan el tema del secreto bancario en Panamá y consideran que:

la confidencialidad de las operaciones bancarias, impropia y llamada secreto bancario, puede ser definido de manera general, con la obligación profesional ética que tiene todo banquero con su cliente, de no revelar a terceros, ni las operaciones que éste mantiene con él, ni la información comunicada por el propio cliente de sus negocios personales. En la república

²⁰⁵ COCHEZ A. Guillermo y Martínez C. Víctor, *núm. 28, Revista Anuario de Derecho*, “Reserva y confidencialidad de las operaciones bancarias en la República de Panamá: el llamado secreto bancario”, en Panamá, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1999, p. 377.

de Panamá por secreto bancario debe identificarse lo que el legislador panameño denomina la reserva bancaria que merecen las operaciones de los clientes de los bancos y que viene a ser equivalente a lo que en otros países se denomina secreto o confidencialidad.

El artículo 29 de la Constitución de la República de Panamá establece “la correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen...”

Respecto de la regulación de la reserva y confidencialidad de las operaciones bancarias existen varias leyes y decretos que lo rigen, destacan por su importancia los siguientes:

a) Decreto-Ley No. 9 (Ley Bancaria).

El capítulo XIII se denomina “Reserva Bancaria” y en sus artículos 84, 85 y 86 establecen la información sobre clientes de un banco, la reserva bancaria de los bancos y las sanciones, respectivamente:

Art. 84. La información obtenida por la Superintendencia²⁰⁶ en el ejercicio de sus funciones relativa a clientes individuales de un Banco, sólo podrá ser revelada a la autoridad competente conforme a las disposiciones legales vigentes, dentro del curso de un proceso penal.

La Superintendencia, incluyendo a todo su personal y a los auditores externos, asesores e interventores designados por ella, deberá guardar la debida reserva sobre toda información que le haya sido suministrada o que haya obtenido conforme a este Decreto-Ley, y en consecuencia no podrán revelarla a terceras personas, salvo que se trate de autoridad competente conforme a lo dispuesto en

²⁰⁶ La Superintendencia de Bancos de Panamá es un organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio que tiene como fines principales: velar porque se mantenga la solidez y eficiencia del sistema bancario; fortalecer y fomentar condiciones propicias para el desarrollo de Panamá como centro financiero internacional; promover la confianza pública en el sistema bancario y velar porque los bancos que lo integran mantengan coeficientes de solvencia y liquidez apropiados para atender sus obligaciones; entre otros.

este artículo. Se exceptúan de esta disposición aquellos informes o documentos que de conformidad con este Decreto-Ley deban hacerse de conocimiento público.

Los funcionarios públicos que con motivo de los cargos que desempeñen tengan acceso a la información de que trata este artículo, quedarán obligados a guardar la debida reserva aún cuando cesen en sus funciones.

Artículo 85. Los Bancos sólo divulgarán información acerca de sus clientes, salvo cuando medie solicitud formal de autoridad competente de conformidad con la Ley.

Los Bancos podrán divulgar información de sus clientes a las instituciones que actúen como centrales de crédito, a discreción del Banco.

Artículo 86. Las violaciones a lo dispuesto en este capítulo serán sancionadas con multa de hasta cien mil balboas (B/.100,000.00), sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que puedan corresponder.

b) Acuerdo No. 9-2000 (Sobre Prevención del Uso Indevido de los Servicios Bancarios de 23 de octubre de 2000).

El artículo 1º de este Acuerdo se titula "Prevención del uso indebido de los servicios bancarios" y ordena a todos los bancos a identificar adecuadamente a sus clientes y el origen de los recursos que utilizan en sus operaciones (tanto en sus archivos como en sus sistemas de información) a fin de impedir la comisión del delito de blanqueo de capitales o de operaciones sospechosas.

El artículo 2º lo cito porque define lo que se entiende por cliente para efectos del tema que tratamos, entendiéndose por tal a toda persona natural o jurídica, incluyendo sociedades con acciones nominativas o con acciones al portador, que tenga una relación contractual de negocios con el Banco, en virtud de la cual dicha persona recibe un servicio del Banco. Incluye a los beneficiarios reales, aún cuando sean indirectos de las cuentas de depósito.

c) Ley No. 42 (Que establece medidas para la prevención del delito de blanqueo de capitales, de 2 de octubre de 2000).

De esta ley resaltan los artículos 2º y 3º que principalmente autorizan a la Superintendencia de Bancos y a los otros organismos de supervisión y control de cada actividad, lo mismo que a las personas obligadas, para colaborar con la Unidad de Análisis Financiero en el ejercicio de su competencia y para proporcionarle, a solicitud de ésta o por iniciativa propia, cualquier información de que dispongan, conducente a prevenir la realización del delito de blanqueo de capitales, a fin de que la Unidad de Análisis Financiero pueda examinar y analizar la información.

Dicha información que se comuniquen a la Unidad de Análisis Financiero o a las autoridades de la República de Panamá, por parte de algunas de las personas naturales o jurídicas o de sus dignatarios, directores, empleados o representantes, no constituye violación al secreto profesional ni a las restricciones sobre revelación de información, derivadas de la confidencialidad impuesta por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria, y no implica responsabilidad alguna.

Como puede observarse, es una exclusión al secreto bancario o fiduciario tendiente a evitar un delito, que exime de responsabilidad a las personas que proporcionen dicha información. Por lo que se refiere al fideicomiso existe el siguiente decreto:

c) Decreto No. 213 (de 3 de octubre de 2000).

El decreto no. 213 se relaciona con el ejercicio del fideicomiso y actualiza a los artículos 20 y 21 del decreto ejecutivo no. 16; el artículo 1º reforma al 20 y el 2º al 21.

Artículo 1. Se reforma el artículo 20: las informaciones obtenidas por la Superintendencia de Bancos y demás entidades del Estado autorizadas por la Ley para realizar inspecciones o recabar documentos relativos a operaciones fiduciarias y sus respectivos funcionarios sólo podrán ser reveladas a las autoridades administrativas y judiciales competentes, exclusivamente para el ejercicio y cumplimiento de las funciones legales y regulatorias de éstas.

Artículo 2. Se reforma el artículo 21: las autoridades competentes deberán mantener en estricta reserva la información que obtengan, cuando esta no sea conducente al cumplimiento de las exigencias legales correspondientes.

Estos son algunos de los múltiples decreto-ley con los que cuenta Panamá respecto al tema, destaca el decreto-ley No. 9 que es la ley bancaria, por ser la que contiene la regulación principal, sin embargo, considero que entre tantas disposiciones puede generar confusiones e incluso tornar complicada la aplicación de la ley.

Guillermo A. Cochez explica que otro mecanismo del sistema bancario panameño que ofrece confidencialidad a sus clientes es la cuenta cifrada. Mediante este mecanismo, los depósitos de los clientes se mantienen con claves que en cada caso acordarán el banco y el cliente, claves que serán utilizadas de allí en adelante por el cliente como medio exclusivo de identificación para ordenar instrucciones al banco. Salvo los fiscales autorizados a ello, ni siquiera el restante personal en el propio banco conocerá la identidad del cliente.

Esta reserva se convierte en absoluta fuera del banco al punto de que la cuenta puede ser clasificada verdaderamente secreta ya que por la ley queda prohibida su revelación a cualesquiera otras personas que no sean las debidamente autorizadas para ello, lo que incluye a las autoridades panameñas bancarias, fiscales, judiciales, etc., con la única exclusión de las autoridades judiciales penales panameñas en procesos de índole criminal.²⁰⁷

3.3. SUIZA

Como es bien sabido, Suiza es un país que protege en extremo el secreto bancario ya que sus múltiples disposiciones jurídicas no aceptan su apertura, salvo en casos muy específicos, preservándolo de manera tal que mucha gente que tiene

²⁰⁷ COCHEZ A. Guillermo, *op. cit.*, p. 385 y 386.

problemas con las autoridades respecto de la procedencia de sus fondos y riqueza opta por canalizarlos hacia bancos suizos.

El artículo 13 de su Constitución protege la esfera privada de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida familiar y privada, de su domicilio, de su correspondencia, así como de sus relaciones postales y de sus telecomunicaciones.

2. Toda persona tiene el derecho a ser protegida contra el empleo abusivo de sus datos personales.

Los principales ordenamientos que protegen el secreto bancario suizo son la Ley Civil y la Ley Bancaria, en la primera por estar establecido el secreto como obligación contractual que se deriva de la relación que se da entre banquero y cliente; y la segunda por ser el fundamento legal del mismo, ya que el artículo 47 asegura la privacidad financiera a los clientes de instituciones financieras suizas al sancionar con prisión o multa a cualquier persona que desempeñe algún cargo en un banco y revele el secreto que se le confía durante el desempeño del mismo o cualquier persona que incite a otra a violar el secreto profesional, extendiendo la responsabilidad incluso aún después de que el cargo ya no sea ejercido. La excepción a guardar el secreto bancario se regula en el numeral 4º del precepto antes citado que es en caso de que haya obligación de informar a las autoridades o para testificar ante la corte.²⁰⁸

²⁰⁸ Basado en el artículo 47 de la Ley Bancaria de Suiza (*The Swiss Federal Banking Act*), Article 47:

1. Any person who, in his or her capacity as member of a body, employee, proxy, liquidator or commissioner of a bank, observer for the Banking Commission, or a member of a body or an employee of an authorized auditing firm, has revealed a secret that was entrusted to him or her or of which he or she had knowledge by means of his or her practice or employment, any person who has incited another to violate professional secrecy, will be punished by imprisonment for a maximum of six months or by a fine not exceeding 50,000 francs.
2. If the offender acted in negligence, the punishment will consist of a fine not exceeding 30,000 francs.
3. Violation of secrecy remains punishable even when the practice or employment has terminated or the holder of the secret no longer works in the banking industry.
4. Reserved are the provisions of the federal and cantonal legislation ruling on the obligation to inform authorities and testify in court.

La regulación jurídica del secreto bancario se incluye en el *Código Penal Suizo*, en sus artículos 162 (sanciona a quienes revelen información sobre negocios confidenciales que debía ser protegida) y 320 (sanciona a quienes ejerzan un cargo de autoridad o de funcionario, divulguen el secreto que se les confía durante su desempeño y aún cuando éste termine; excepto cuando medie el consentimiento de una autoridad superior).²⁰⁹

Es de suma importancia mencionar la Ley Federal Sobre la Prevención de Lavado de Dinero en el Sector Financiero (Federal Act on the Prevention of Money Laundering in the Financial Sector) la cual es reguladora del artículo 305 bis del Código Penal Suizo, que trata sobre la vigilancia requerida con respecto a las transacciones financieras y el lavado de dinero.

Esta ley es aplicable principalmente para los intermediarios financieros de este país; su artículo 2º determina a quienes se les considera como tales, menciono algunos:

- las instituciones que conforme a la ley se consideren como bancos;
- los gerentes de fondos de inversión;
- personas que tengan a su cargo realizar operaciones de depósitos;
- personas que manejen la transferencia de recursos de terceras personas;
- personas que realicen operaciones crediticias.

A los intermediarios antes citados se les excluye de responsabilidad civil o penal por violación al secreto profesional o bancario, en caso de que congelen los fondos de personas sobre las que tengan la sospecha de que están cometiendo algún delito y logren probar dichas circunstancias.²¹⁰

²⁰⁹ Basado en los artículos 162 y 320 del *Código Penal Suizo (The Swiss Criminal Code)*:

Article 162: any person who has divulged a trade secret or confidential business information that was meant to be kept by virtue of legal or contractual obligation, any person who has used this information to his or her benefit or to that of a third party, will be, on prosecution, punished by imprisonment or by fine.

Article 320:

1. Any person who has divulged a secret entrusted to him or her as a representative of authority or a civil servant, or who has acquired knowledge by means of his or her practice or employment, will be punished by imprisonment or by fine.

The disclosure remains punishable even when the practice or employment has terminated.

2. The disclosure will not be punishable if it was made with the written consent of a superior authority.

Basado en la Ley Federal Sobre la Prevención de Lavado de Dinero en el Sector Financiero (Federal Act on the Prevention of Money Laundering in the Financial Sector).

Otra ley que apoya la protección del secreto bancario al proteger en sí la personalidad y el derecho de individualidad de quienes su información les sea tratada o procesada, ya sea por persona física o colectiva con o sin el carácter de autoridad, es la Ley Federal Suiza Sobre Protección de Datos (Swiss Federal Law on Data Protection), la cual a través de una Comisión Federal que funciona como órgano supervisor, lleva a cabo la vigilancia del manejo de información personal así como el cumplimiento de los preceptos que establece la ley, con la finalidad de que el manejo de la información sea legal y con apego a la buena fe.

Ahora bien, los supuestos del levantamiento del secreto son los siguientes:

- en caso de divorcio (conforme al artículo 170 del Código Civil de Suiza, que establece que cualquiera de los cónyuges pueden solicitar informes sobre la situación financiera correspondiente de su otro cónyuge), salvo que la información bancaria haya sido pactada de un modo estrictamente confidencial; entonces los demandantes deben demostrar que la cuenta existe si desean que un juez acepte la demanda.

- en las investigaciones de carácter penal (tales como lavado de dinero, robo, fraude fiscal y delincuencia organizada)

- en caso de existir tratado de cooperación judicial con otros países

- por así requerirlo un juez suizo

- por procedimientos de quiebra

El secreto bancario no se revela por la evasión fiscal ya que el hecho de no declarar los ingresos o activos no está tipificado como delito en Suiza, sino más bien se considera como una falta administrativa; sucede lo contrario con el fraude fiscal que sí está tipificado en el Código Penal y es sancionado incluso con prisión.

Respecto a lo anterior se puede mencionar el artículo 26 de la Convención Modelo con Respecto a Impuestos Sobre Renta y Sobre Capital (OECD) que

Article 11: Exclusion of Criminal and Civil Liability: a financial intermediary who reports a suspicion under Article 9 of this Act or Article 305ter, 2nd paragraph, Penal Code and freezes the funds concerned cannot be prosecuted for violation of secrecy of office, of professional secrecy or of business secrecy nor be held liable for breach of contract if he has shown the due diligence required by the circumstances.

aborda el intercambio de información fiscal y contiene las reglas que aseguran la confidencialidad de la información intercambiada, limitando a las personas a quienes tal información puede proporcionarse y especificando los propósitos para los que se va a usar la información.

Para concluir, el secreto bancario suizo me parece estrictamente regulado incluso más de lo que debería, es por ello que quizá Suiza es la fuga de los capitales mal habidos; sin embargo su regulación es bastante clara y específica y las penas que se imponen a quienes violenten dicho secreto son también rígidas. La parte positiva es que Suiza tiene una legislación bien establecida que a pesar de todo la antepone como una de las naciones mejor acomodadas internacionalmente; por otra parte, la desventaja es que en este caso la banca suiza es el escondite de fondos de procedencia ilícita.

CAPITULO IV. LA REFORMA A LOS ARTICULOS 117 Y 118 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

5. LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

Los antecedentes jurídicos reguladores del servicio de banca y crédito son los siguientes:

- g) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941
- g) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982
- g) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984
- g) Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito de 1985
- g) Ley de Instituciones de Crédito de 1990

La ley mencionada en el inciso "a" regulaba a las instituciones de crédito y a las organizaciones auxiliares del crédito, pero con motivo de la nacionalización bancaria que decreta el entonces presidente José López Portillo fue necesario implementar nuevos instrumentos legales que se adecuaran a la nacionalización de la banca privada, fue entonces que la Ley de 1941 quedó sin efectos para entrar en vigor la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982, sin abrogar la de 1941.

A partir de 1985, las organizaciones auxiliares del crédito tuvieron su propia regulación con la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que era una ley más completa que contaba con su propio régimen de operaciones bancarias y abrogaba las dos leyes anteriormente citadas.

Posteriormente, durante la presidencia de Carlos Salinas de Gortari se suprimió la exclusividad del Estado en la prestación del servicio de banca, motivo por el cual se deja sin efectos la Ley de 1984 y se expide en su lugar la hoy vigente

Ley de Instituciones de Crédito que se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 1990.²¹¹

Esta Ley es la que rige actualmente sobre la materia y tiene su objeto establecido en el artículo 1º, el cual es principalmente un fin regulador sobre:

- el servicio de banca y crédito,
- la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito,
- las actividades y operaciones que las instituciones de crédito pueden realizar,
- el sano y equilibrado desarrollo de dichas instituciones,
- la protección de los intereses del público y
- los términos en que el Estado debe ejercer la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.

Las normas que contiene tratan sobre:

- las instituciones de crédito,
- operaciones de dichas instituciones (activas, pasivas y de servicios),
- disposiciones generales y contabilidad,
- prohibiciones, sanciones administrativas y delitos,
- protección de los intereses del público,

De lo anterior se puede deducir que los sujetos que regula esta Ley son principalmente:

- instituciones de banca múltiple,
- instituciones de banca de desarrollo,
- filiales de instituciones financieras del exterior,
- sociedades financieras de objeto limitado,
- oficinas de representación de entidades financieras del exterior,
- sucursales de bancos extranjeros de primer orden.

²¹¹ Cfr. RUIZ Torres Humberto, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

2. MOTIVOS QUE DIERON ORIGEN A LA REFORMA

Es en la parte "De la protección de los intereses del público" de la Ley de Instituciones de Crédito donde se encuentra regulado el secreto bancario y fiduciario que hasta antes de la reforma, motivo de estudio en el presente trabajo, y publicada por Decreto en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2005, regulaba dichos secretos de la siguiente manera:

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

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

Artículo 118.- Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

Posteriormente con el Decreto se hacen modificaciones al artículo 117 y se deroga el 118 para quedar así:

Artículo 117.- La información y documentación relativa a las operaciones y servicios a que se refiere el artículo 46 de la presente Ley, tendrá carácter confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho

a la privacidad de sus clientes y usuarios que en este artículo se establece, en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, operaciones o servicios, incluyendo los previstos en la fracción XV del citado artículo 46, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

Como excepción a lo dispuesto por el párrafo anterior, las instituciones de crédito estarán obligadas a dar las noticias o información a que se refiere dicho párrafo, cuando lo solicite la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular o, en su caso, el fideicomitente, fideicomisario, fiduciario, comitente, comisionista, mandante o mandatario sea parte o acusado. Para los efectos del presente párrafo, la autoridad judicial podrá formular su solicitud directamente a la institución de crédito, o a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Las instituciones de crédito también estarán exceptuadas de la prohibición prevista en el primer párrafo de este artículo y, por tanto, obligadas a dar las noticias o información mencionadas, en los casos en que sean solicitadas por las siguientes autoridades:

I. El Procurador General de la República o el servidor público en quien delegue facultades para requerir información, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

II. Los procuradores generales de justicia de los Estados de la Federación y del Distrito Federal o subprocuradores, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

III. El Procurador General de Justicia Militar, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

IV. Las autoridades hacendarias federales, para fines fiscales;

V. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para efectos de lo dispuesto por el artículo 115 de la presente Ley;

VI. El Tesorero de la Federación, cuando el acto de vigilancia lo amerite, para solicitar los estados de cuenta y cualquier otra información relativa a las cuentas personales de los servidores públicos, auxiliares y, en su caso, particulares relacionados con la investigación de que se trate;

VII. La Auditoría Superior de la Federación, en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública Federal y respecto a cuentas o contratos a través de los cuáles se administren o ejerzan recursos públicos federales;

VIII. El titular y los subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus facultades de investigación o auditoría para verificar la evolución del patrimonio de los servidores públicos federales.

La solicitud de información y documentación a que se refiere el párrafo anterior, deberá formularse en todo caso, dentro del procedimiento de verificación a que se refieren los artículos 41 y 42 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y

IX. El Instituto Federal Electoral.

Las autoridades mencionadas en las fracciones anteriores solicitarán las noticias o información a que se refiere este artículo en el ejercicio de sus

facultades y de conformidad con las disposiciones legales que les resulten aplicables.

Las solicitudes a que se refiere el tercer párrafo de este artículo deberán formularse con la debida fundamentación y motivación, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Los servidores públicos y las instituciones señalados en las fracciones I, VII y IX, podrán optar por solicitar a la autoridad judicial que expida la orden correspondiente, a efecto de que la institución de crédito entregue la información requerida, siempre que dichos servidores especifiquen la denominación de la institución, el número de cuenta, nombre del cuentahabiente o usuario y demás datos y elementos que permitan su identificación plena, de acuerdo con la operación de que se trate. Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación indebida del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten, así como tampoco la obligación de proporcionar la información que les sea solicitada por el Banco de México, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario y la Comisión para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en los términos de las disposiciones legales aplicables.

Se entenderá que no existe violación al secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, en los casos en que la Auditoría Superior de la Federación, con fundamento en la ley que norma su gestión, requiera la información a que se refiere el presente artículo.

Los documentos y los datos que proporcionen las instituciones de crédito como consecuencia de las excepciones al primer párrafo del presente artículo, sólo podrán ser utilizados en las actuaciones que correspondan en términos de ley y, respecto de aquéllos, se deberá observar la más estricta confidencialidad, aún cuando el servidor público de que se trate se separe del servicio. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones, proporcione copia de las mismas o de los documentos con ellas relacionados, o que de cualquier otra forma revele información en ellos contenida, quedará sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales correspondientes.

Las instituciones de crédito deberán dar contestación a los requerimientos que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores les formule en virtud de las peticiones de las autoridades indicadas en este artículo, dentro de los plazos que la misma determine. La propia Comisión podrá sancionar a las instituciones de crédito que no cumplan con los plazos y condiciones que se establezca, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 108 al 110 de la presente Ley.

La Comisión emitirá disposiciones de carácter general en las que establezca los requisitos que deberán reunir las solicitudes o requerimientos de información que formulen las autoridades a que se refieren las fracciones I a

IX de este artículo, a efecto de que las instituciones de crédito requeridas estén en aptitud de identificar, localizar y aportar las noticias o información solicitadas.

Artículo 118.- Se deroga.

Es así como puede leerse el texto actual del artículo 117. Ahora bien, es importante preguntarse qué motiva al Congreso aprobar dicha reforma.

Si bien es cierto que los secretos bancario y fiduciario rigen con la finalidad de garantizar la secrecía y reserva de información financiera de las personas, también lo es que en algunos casos, las autoridades competentes deben de tener acceso a diversa información financiera para estar en posibilidad de ejercer las funciones que le son encomendadas, principalmente las de supervisión y fiscalización de recursos públicos o la investigación de hechos ilícitos.

Antes de la reforma el artículo 118 regulaba de manera estricta el secreto fiduciario al considerar que frente a su violación se incurría no sólo en responsabilidad civil sino también penal, lo cual no aplicaba para el artículo 117 (regulador del secreto bancario) que sólo sancionaba con la reparación de los daños y perjuicios que se causaren al agraviado.

Si se leen detenidamente los artículos transcritos se puede ver que al derogarse el 118 se busca equiparar al fideicomiso con las otras operaciones que establece el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito respecto de su carácter confidencial sin hacer la operación del fideicomiso más estricta, y sancionar la violación del secreto bancario y fiduciario de manera análoga, no sólo con responsabilidad administrativa o civil, sino también penal.

Otro punto de suma importancia es que con la reforma se facultó a diversas autoridades para solicitar y recibir información protegida por los secretos bancario y fiduciario ya que en muchos casos la protección de dicha información se tornaba un verdadero problema para la persecución de hechos ilícitos (principalmente de carácter fiscal y penal) que no podían ser debidamente probados porque las autoridades no tenían acceso a la información o no existía algún procedimiento para

su obtención. Es por ello que el 117 cita a las autoridades a quienes se les debe proporcionar la información que soliciten, siempre y cuando se apeguen a lo establecido por dicho precepto o por las leyes que correspondan.

De manera resumida se puede decir que fueron dos los motivos principales que dieron origen a la reforma:

7. Equiparar a los secretos bancario y fiduciario en cuanto a las sanciones que se aplicaran en caso de quebrantamiento, y
7. Otorgar a ciertas autoridades la facultad de tener acceso a la información protegida por los secretos antes señalados, siempre y cuando sea utilizada en actuaciones autorizadas por ley.

3. FINALIDAD DE LA REFORMA

Toda iniciativa que se presenta ante el Congreso de la Unión tiene un motivo que se sustenta al momento de llevar a cabo el cumplimiento de uno o varios fines para los cuales fue propuesta y que debe ser o debería ser con el fin esencial de mejorar el país; en este caso en concreto, para mejorar el sistema financiero mexicano.

Los motivos que dieron origen a la reforma en estudio ya han sido mencionados pero lo que se pretende lograr con ella va más allá de facultar a ciertas autoridades para obtener información, éste es por supuesto el punto de partida para que con esa facultad se puedan obtener ciertos resultados como son:

a. Una adecuada fiscalización. La fiscalización es el control de los ingresos y gastos públicos en función del presupuesto;²¹² puede entenderse como un proceso mediante el cual se lleva a cabo la revisión, inspección, evaluación y corrección de la gestión pública. La injerencia y participación de otras autoridades permitirá un mejor control sobre el manejo de la cuenta pública y los recursos que a ella se destinan, en especial busca lograr un mejor sistema de acceso y transparencia a la información pública que conlleve a un sistema de justicia más eficaz en el que las responsabilidades en que puedan incurrir los servidores públicos puedan ser

²¹² O. Greco, *Diccionario de Economía*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 211.

sancionadas y en el que los ciudadanos puedan tener una idea más clara de la manera en que se está llevando a cabo la conducción de sus fondos.

b. Una correcta integración de las averiguaciones previas. Al facultar a los Agentes del Ministerio Público que integran las averiguaciones para solicitar información, dicha integración se realiza con bases sólidas y en un tiempo más corto una averiguación previa que permita el ejercicio de la acción penal en caso de la comisión de algún delito. Además de ser una forma de aumentar la confianza a la sociedad respecto de las autoridades que tienen como tarea la procuración e impartición de justicia.

c. Evitar el desvío de recursos públicos. En el caso de los fideicomisos se pretende que con esta reforma diversas autoridades puedan acceder a la revisión del manejo de los fondos así como de sus estados financieros y administración, es decir, que haya un control y vigilancia de la forma en que operan. Cabe recordar que los fideicomisos públicos constituidos por el gobierno federal tienen como fin la atención de necesidades colectivas y el desarrollo de áreas prioritarias por lo que si los recursos no se destinan a su fin y esto no puede probarse debido a la falta de acceso a la información necesaria, entonces nos enfrentamos a un menoscabo derivado del desvío de fondos destinados a un cometido en donde el gobierno federal opera fideicomisos con fondos de los cuales nadie sabe su procedencia.

d. Disminuir la comisión del lavado de dinero o blanqueo de capital. Este delito podría incluirse en el inciso "b". Sin embargo, lo manejo aparte dado que la comisión de éste ha aumentado recientemente de manera considerable no sólo en México sino en un ámbito internacional; con la reforma se busca entonces su disminución ya que quienes cometen este delito son los más beneficiados por el secreto bancario porque pueden realizar transacciones diversas y operaciones complejas sin la necesidad de enfrentarse a ninguna revisión, inspección o cuestionamiento de las mismas por estar amparadas por el secreto. También se busca una cooperación internacional en la que se pueda intercambiar la información pertinente para dar seguimiento a este delito en otros países y viceversa, a través

de medios eficaces que deben regularse en las leyes financieras de todos los países.

e. En general, una mejor vigilancia y control encomendado a diversas autoridades y servidores públicos sobre las operaciones que realizan los clientes y usuarios de los servicios que brindan las instituciones de crédito, que otorgue mayor confianza y credibilidad a los funcionarios y a la sociedad.

Lo anterior deriva de un estudio minucioso realizado con base en las diferentes iniciativas presentadas ante la Comisión por algunos diputados que consideraban necesaria una reforma a la regulación de los secretos bancario y fiduciario. Esta Comisión finalmente consideró pertinentes ciertos aspectos para aprobar la reforma.

4. ANÁLISIS DE LA REFORMA A LOS ARTÍCULOS 117 Y 118

No obstante la reserva señalada en el 117, distintas autoridades pueden recabar, ya sea directamente o por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de las instituciones de crédito, informes sobre asuntos amparados por el secreto bancario y fiduciario. A continuación analizo las autoridades que quedan facultadas después de la reforma:

Las autoridades que pueden solicitar directamente dicha información son las que a continuación cito:

1. Autoridades judiciales:

a) Autoridades Judiciales Federales. Conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal serán la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia de Amparo y Unitarios en Materia de Apelación, y los Juzgados de Distrito cualquiera que sea su competencia, civil, penal, laboral o administrativa y el Jurado Popular Federal.

b) Autoridades Judiciales Locales. Conforme a las Leyes Orgánicas de los Tribunales Comunes de las entidades federativas serán autoridades judiciales: los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados Civiles y Penales, de cualquier rango y jerarquía que estén establecidos en cada entidad federativa.

Para efectos de lo anterior la solicitud debe partir de un juicio en el que el titular, fideicomitente, fideicomisario, fiduciario, comitente, comisionista, mandante o mandatario sean parte o acusado. Se puede estimar que el artículo 117 es bastante preciso al señalar quienes deben fungir como partes en el juicio para que se pueda llevar a cabo dicha solicitud sin quebrantar el secreto bancario.

2. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ya que este organismo tiene facultades para solicitar a través de requerimientos toda clase de información y documentos, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, en relación con las operaciones que celebren las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, las que están obligadas a proporcionar dicha información y documentación.

3. Otras autoridades que faculta el mismo artículo 117 en su párrafo 7º que son:

- El Banco de México,
- El Instituto para la Protección al Ahorro Bancario y
- La Comisión para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Siempre que actúen conforme a las facultades que expresamente les otorguen sus disposiciones legales aplicables. Por ejemplo, en el caso de la CONDUSEF, el artículo 12 de su ley impone la obligación a las unidades administrativas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y a las Instituciones Financieras de proporcionar la información o datos que la CONDUSEF les solicite;

así como el artículo 58 de la Ley del Banco de México sujeta a los funcionarios y empleados de dicha institución a las disposiciones que rigen al secreto bancario y fiduciario.

Y las autoridades que pueden requerir la información o datos a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores conforme a lo dispuesto por el 5º párrafo del reformado artículo 117, son:

1. Las autoridades hacendarias federales, tales como son:

a) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el caso de que ejerza sus atribuciones para solicitar la persecución de delitos,

b) La Tesorería de la Federación, a través del tesorero de la Federación cuando precise de los estados de cuentas personales de los servidores públicos auxiliares o de particulares,

c) El Servicio de Administración Tributaria, en el ejercicio de sus facultades de fiscalización, y

d) El Instituto Federal Electoral, dado que el secreto bancario y fiduciario no le son oponibles en caso de que realice actividades de fiscalización y de investigación sobre los recursos privados de los partidos y agrupaciones políticas tal y como lo determina la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en sus tesis jurisprudenciales S3EL165/2002 con número de registro 922832 y S3EL166/2002 con número de registro 922833 para el secreto bancario y fiduciario respectivamente (mismas que fueron citadas en los capítulos II y III del presente estudio), al considerarlo incluido dentro de autoridades hacendarias federales para fines fiscales por llevar a cabo el control, fiscalización, comprobación e investigación de todo lo relacionado con los recursos que reciben los partidos políticos.

El Instituto Federal Electoral puede optar por solicitar a la autoridad judicial que expida la orden correspondiente a la institución de crédito.

2. La Procuraduría General de la República o el servidor público en quien delegue facultades. En este caso, se está a la opción de solicitar a la autoridad

judicial que expida la orden correspondiente para que la institución de crédito entregue la información requerida.

3. Los procuradores generales de justicia de los estados de la Federación o del Distrito Federal y el Procurador General de Justicia Militar, así como los subprocuradores.

4. La Auditoría Superior de la Federación, en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la cuenta pública federal y de cuentas o contratos que administren recursos públicos federales. En sustento a lo anterior me remito al artículo 16 fracción X de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación que le otorga esta entidad fiscalizadora la siguiente atribución:

X. Solicitar y obtener toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Por lo que hace a la información relativa a las operaciones de cualquier tipo proporcionada por las instituciones de crédito, les será aplicable a todos los servidores públicos de la Auditoría Superior de la Federación, así como a los profesionales contratados para la práctica de auditorías, la obligación de guardar la reserva a que aluden los artículos 27 y 28 y la prohibición a que se refiere la fracción III del artículo 80 de esta Ley.²¹³

La información que maneja la Auditoría Superior de la Federación debe estar relacionada con la recaudación, administración, conducción, protección y aplicación de los ingresos y egresos federales, guardando la debida reserva a no ser que haya que fincar responsabilidad. Cabe señalar que esta entidad tiene la opción de dirigirse a la autoridad judicial para que expida la orden correspondiente a la institución de crédito.

5. La Secretaría de la Función Pública cuando ejerza facultades de investigación o auditoría para revisar el patrimonio de los servidores públicos federales; en este caso cabe citar el artículo 35 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos que establece “la

²¹³ Los artículos 27 y 28 abordan la reserva que deben guardar los servidores públicos de la Auditoría Superior de la Federación sobre la información y documentos que manejen y la responsabilidad por violación a dicha reserva; el 80 fracción III prohíbe al Auditor Superior de la Federación hacer del conocimiento de terceros o difundir de cualquier forma, la información confidencial o reservada que tenga bajo su custodia para el ejercicio de sus atribuciones.

Secretaría llevará el registro y seguimiento de la evolución de la situación patrimonial de los servidores públicos de las dependencias y entidades...

Se busca con ello un control patrimonial que impida el enriquecimiento ilícito de los servidores, siendo éste el delito por el cual no se puede acreditar el legítimo aumento del patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño (conforme al artículo 224 del Código Penal Federal).

Estas son las autoridades facultadas pero respecto de las personas que tienen derecho a solicitar cualquier información relativa a las operaciones y servicios que enlista el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito y que se pueda considerar como confidencial se tiene a:

- el depositante,
- el deudor,
- el titular,
- el beneficiario,
- el fideicomitente,
- el fideicomisario,
- el comitente o mandante,
- los representantes legales y
- quienes tengan poder para disponer de la cuenta.

Equipara este artículo con la misma reserva las operaciones de depósitos, fideicomisos, comisiones y mandatos así como las diversas señaladas en el artículo 46 de la multicitada ley, como son operaciones de préstamos y créditos, operaciones con valores, operaciones conexas autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, entre otras. Esta equiparación es, a mi parecer, correcta ya que al derogarse el artículo 118 para agregar al secreto fiduciario dentro del artículo 117 y así homologar sus sanciones, obvio es que se dé el mismo valor a todas las operaciones que regula el artículo 46 respecto de la secrecía de la información que implican.

Por violación al secreto pueden ser responsables:

- los empleados y funcionarios de instituciones de crédito en caso de revelación indebida, y
- los servidores públicos que quebranten la reserva de actuaciones, proporcionen copia de ellas o revelen información.

Respecto del punto anterior sobre quienes pueden ser responsables, debiera contemplarse a todas aquellas personas que sin ser empleados o servidores, se hagan pasar por clientes o usuarios autorizados sin serlo o sin haber acreditado debidamente dicho poder o facultad ya que también incurren en responsabilidad al intentar acceder a información protegida por los secretos bancario y fiduciario.

Dentro de las sanciones en que se puede incurrir están:

- Administrativas
- Civiles o
- Penales

Según corresponda el ámbito de su aplicación dado que ya he mencionado en capítulos anteriores en qué consiste cada una de ellas. Cabe mencionar que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores puede sancionar directamente con multa a las instituciones de crédito.

En este punto es importante destacar que el legislador debió ser muy cuidadoso para poder determinar los límites que estipulaban en qué momento la revelación se convierte en indebida, pues considero que los empleados y funcionarios de las diversas instituciones bancarias en ocasiones se ven temerosos de incurrir en algún tipo de responsabilidad y prefieren dar evasivas a los requerimientos que les hacen llegar o bien, al saber que hay manejo de cuentas u operaciones sospechosas optan por hacer caso omiso de ellas y no ejercen su derecho a denunciar ante las autoridades competentes estos actos que pudieran constituir algún delito, y se vuelven entonces cómplices por ese peligro a ser sancionados.

Cabe mencionar que derivado de los requerimientos o solicitudes que realizan las autoridades, los datos y documentos que se les proporcionan se hace bajo el cumplimiento de algunos requisitos que deben cubrir tanto los servidores públicos que hacen la solicitud como las instituciones de crédito que cumplen con la misma, y que se derivan del contenido del mismo artículo 117, como lo es que:

- Los documentos y datos deben ser exclusivamente utilizados por las autoridades que los solicitan para las actuaciones que correspondan conforme a la ley,
- Se debe guardar la más estricta confidencialidad respecto de la información a la que se tiene acceso,
- No se puede proporcionar copia ni de los documentos ni de las actuaciones que contienen información confidencial,
- Las instituciones de crédito deben contestar los requerimientos conforme a los plazos y condiciones que establezca la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
- Las solicitudes y requerimientos de información también deben cumplir con los requisitos que establezca la Comisión arriba citada.

Es por ello que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores desempeña una actividad de suma importancia ya que se encarga de reglamentar todo lo referente a los requisitos, plazos y condiciones que deben cubrirse para un mejor control y funcionamiento de la información protegida por los secretos bancario y fiduciario.

5. PROPUESTA

Lo expuesto permite establecer que el secreto bancario y fiduciario deben regularse de manera cuidadosa a través de un análisis minucioso de todas y cada una de las circunstancias que pueden afectar el desempeño económico del país y a su vez el derecho de privacidad de cada persona, considero complejo el hecho de lograr este equilibrio en el que se enfrenta, por un lado, el interés público y, por el otro, el interés privado y más aún si no existe como tal un precepto constitucional que fije la

base principal del secreto financiero para de ahí partir a la legislación especial que corresponda, en este caso, la que regula a los secretos bancario y fiduciario.

Los objetivos que pretenden lograrse con la reforma que deroga el artículo 118 y reestructura el 117 de la Ley de Instituciones de Crédito son objetivos lógicos y reales que pueden conseguirse con una adecuada aplicación de la ley tendiente a que dichos secretos no sean obstáculo para la persecución de actos ilícitos o la supervisión de entidades financieras.

En términos generales la reforma me parece oportuna desde el momento en que homologa al secreto fiduciario con el bancario y su forma de sancionarlos ya sea administrativa, civil o penalmente sin hacer distinción entre ellos, incluyendo conjuntamente a todas las operaciones que regula el artículo 46 de la ley ya citada.

Por lo tanto, el hecho de facultar a diversas autoridades para poder tener acceso a información secreta es un punto positivo de esta reforma, sin embargo, algunas de estas autoridades deberían tener la posibilidad de requerir directamente la información o datos que consideren pertinentes para el desempeño de sus funciones sin necesidad de hacerlo a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ya que esto sólo demora la celeridad con que se puede llevar a cabo alguna actuación. Mi propuesta es en este sentido para dar potestad a la Procuraduría General de la República (ya sea a través del Procurador General o el servidor público en quien delega facultades) así como a los procuradores generales de justicia de los estados de la Federación y del Distrito Federal y finalmente al Procurador General de Justicia Militar cuando sea para efectos de la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La idea de proponer esa facultad que dé una autonomía directa a la institución del ministerio público, ya sea local o federal, parte de que considero un problema grave no sólo la falta de acceso a información por parte de estos servidores, sino también el tiempo que les toma recabar documentos y datos a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que en muchos casos, se les niega por no encontrarse todavía en juicio.

Entonces como segunda instancia deben acudir al juez para que éste haga la solicitud y posteriormente pueda remitírsela. Lo anterior entorpece sobremedida el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad por la carencia de datos y la demora que toma dicho procedimiento aunado al inconveniente de que en caso de haber término para realizar la integración correcta de la averiguación, ésta no se logre, por lo que muchos delitos quedan impunes sin lograr que se ejercite la acción penal correspondiente.

Otra propuesta es que se establezca en el artículo 117 de manera clara y precisa qué órgano o dirección del Instituto Federal Electoral cuenta con atribuciones de fiscalización para poder entonces solicitar información a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ya que no es ni equitativo ni correcto que se otorgue a todos los servidores que laboran en ésta dependencia la misma facultad y poder de hacer requerimientos a través de la respectiva Comisión, sino que derivado de sus concretas atribuciones y por ser necesario para el cumplimiento adecuado de éstas, puedan entonces asumir la facultad que confiere el 117. Al respecto este precepto sólo se concreta a mencionar en su fracción novena, dentro de las autoridades que pueden solicitar noticias o información, lo siguiente:

IV...

V...

IX. El Instituto Federal Electoral. [...]

Lo anterior sería con la finalidad de que haya un control adecuado sobre los servidores públicos y funcionarios que pueden tener acceso a información confidencial protegida por los secretos bancario y fiduciario, para que quienes no tienen porqué realizar la solicitud respectiva se abstengan de hacerlo y por lo tanto de ejercer de manera excesiva e inadecuada sus funciones.

En este caso me remitiré al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales²¹⁴ y a las tesis jurisprudenciales que señalé antes en las que se tiene al

²¹⁴ El artículo 93 inciso d) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece que la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos tiene la atribución de ministrar a los partidos políticos

IFE como autoridad hacendaria federal para fines fiscales cuando se trate de la revisión de los recursos de los partidos o agrupaciones políticas pero al igual que en el caso anterior considero que existe una falta de especificación que debiera estar inserta en el mismo artículo 117, a fin de establecer que área del IFE cumple dicha misión y por tanto se considera como autoridad hacendaria.

En conclusión, si en el propio artículo 117 se indica quiénes cuentan con la facultad de requerir, entonces se puede sancionar a aquellos que lo hagan sin estar facultados, se puede decir que en este caso la jerarquía del servidor resulta ser un punto fundamental, desde mi perspectiva, ya que la información que protegen estos secretos es delicada y personalísima, consecuentemente quienes hagan uso de ella deben ser funcionarios expresamente facultados y capacitados para la buena conducción de la información y datos que se les proporcionen, de esta forma se reduciría la comisión de delitos como lo son el ejercicio indebido de servicio público,²¹⁵ el ejercicio abusivo de funciones²¹⁶ y el tráfico de influencia.²¹⁷

nacionales y a las agrupaciones políticas el financiamiento público al que tienen derecho conforme a lo señalado en este Código.

²¹⁵ Código Penal Federal, artículo 214: comete el delito de ejercicio indebido de servicio publico, el servidor publico que:

fracción IV. Por sí o por interpósita persona, **sustraiga**, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión.

²¹⁶ Código Penal Federal, artículo 220: comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:

Fracción II. El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, **sea o no materia de sus funciones**, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor publico...

²¹⁷ Código Penal Federal, artículo 221: comete el delito de tráfico de influencia:

Fracción III. El servidor publico que por si, o por interpósita persona indebidamente, solicite o promueva cualquier resolución o la realización de cualquier acto materia del empleo, cargo o comisión de otro servidor publico, **que produzca beneficios económicos para si o para cualquiera de las personas a que hace referencia la primera fracción del articulo 220 de este código.**

CONCLUSIONES

1. El sistema financiero mexicano se encarga en términos generales de la dirección y orientación del ahorro y la inversión ya sea pública o privada a través de sus partes integrantes como lo son las autoridades y las entidades financieras.

2. El sistema bancario mexicano forma parte del sistema financiero; se integra por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico. El sistema bancario se encarga del préstamo del servicio de banca y crédito, es decir, la captación y colocación de recursos del público, a través de un acto conocido como intermediación bancaria en el que resulta de suma importancia, por una parte, el correcto desempeño de las autoridades con ingerencia en la materia y por otra parte la existencia un eficiente marco regulatorio, ambas para lograr un mejor desarrollo económico del país que nos abra las puertas a mercados financieros internacionales y además otorgue mayor credibilidad a los clientes y usuarios de éstos servicios.

3. El servicio de banca y crédito si es un servicio público, pese a la discusión que existe entre diversos tratadistas para determinar si tiene o no dicho carácter, ya que el Estado interviene para otorgar las autorizaciones que requieren las instituciones de banca múltiple y para determinar si la banca de desarrollo tiene por objeto el apoyo de áreas y sectores prioritarios.

4. Destacan por su ingerencia en materia bancaria, se encuentran la Secretaría de Hacienda y Crédito, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, el Banco de México, la Comisión para la protección de los usuarios de servicios financieros y el Instituto para la protección del ahorro bancario.

5. Los secretos bancario y fiduciario son partes integrantes del secreto financiero (dado que este protege operaciones bancarias, fiduciarias y bursátiles) éste a su vez es parte del secreto profesional. En el caso que nos ocupa, la ley que

resulta de fundamental estudio es la Ley de Instituciones de Crédito pues es la que regula a los secretos bancario y fiduciario en su artículo 117.

6. El secreto bancario es una obligación o deber que constriñe a las entidades del sistema financiero a no revelar la información o hechos que conocen derivados de las operaciones que celebran con sus clientes y usuarios, nace con ello una relación jurídica basada en la confianza y seguridad que éstos últimos otorgan a los funcionarios y empleados de las instituciones con las que contratan.

7. El secreto fiduciario deriva de la figura del fideicomiso regulada por el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que determina que mediante el fideicomiso se realiza una transmisión de propiedad o titularidad de bienes o derechos destinados a un fin lícito.

8. Es importante señalar que los secretos bancario y fiduciario tienen las siguientes finalidades fundamentales:

1. Resguardar el respeto y la protección de asuntos privados.
2. Permitir la estabilidad de los sistemas bancarios.
3. Ser un medio eficaz para atraer capitales y
4. Contribuir a la captación de ahorro externo.

9. El artículo 118 de la ley de instituciones de crédito, que con la reforma de diciembre de 2005 quedó derogado, protegía con el secreto fiduciario las operaciones de mandato, fideicomiso y comisión y se diferenciaba de la regulación jurídica del secreto bancario por lo que hacía a la responsabilidad penal en que se podía incurrir en caso de su violación, otorgándole así un mayor sigilo a las operaciones que protegía. En este punto, respecto a que el legislador haya incluido al secreto fiduciario dentro del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, tiene como ventaja que se logra un mejor control y comprobación del manejo de los recursos públicos aportados a diversos fideicomisos a través de la rendición de cuentas que se debe efectuar a las autoridades competentes.

10. La reforma que estructura el artículo 117 y deroga el 118 de la Ley de Instituciones de Crédito se lleva a cabo por lo siguiente:

- equiparar al secreto fiduciario y las operaciones que éste protege, es decir, el fideicomiso, mandato y comisión, con el secreto bancario; en cuanto a su regulación y sanción
- facultar diversas autoridades para obtener información que les sea necesaria para el desempeño de sus funciones
- establecer que autoridades pueden solicitar la información directamente a las instituciones de crédito y que autoridades deben hacerlo a través de requerimientos a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

11. En México el incremento de la comisión de delitos se ha tornado un problema grave que afecta la seguridad de nuestra sociedad y nuestra imagen frente a otros países, por lo tanto los procedimientos que deben realizarse para la persecución y comprobación de delitos deben llevarse a cabo de tal modo que la celeridad se vuelva verdaderamente una de sus cualidades; y el hecho de que en el caso que nos ocupa, los procuradores de justicia no puedan hacer una solicitud directa y como consecuencia, una integración de la averiguación previa rápida y eficaz en la que se pueda acreditar con elementos suficientes la probable responsabilidad, da como resultado un deficiente sistema de procuración de justicia. Lo anterior me conduce a proponer que se otorgue esa facultad a dichos servidores públicos y así sea más sencillo dar seguimiento a los asuntos que a ellos les compete.

12. Finalmente, es importante la homologación de sanciones de los secretos bancario y fiduciario ya que al dejar de ser más estricto el secreto fiduciario y regularlo junto con el secreto bancario se facilita el acceso a información que se sobreprotegía, en especial con todo lo relativo a los fondos que manejan en los fideicomisos que constituye el gobierno federal y que quienes tenían a su cargo el desarrollo de dichos fideicomisos se apoyaban en la rigurosa regulación del secreto fiduciario para negarse a entregar cuentas e informes al respecto.

BIBLIOGRAFIA

1. ACOSTA Romero Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, 9ª. ed., editorial Porrúa, México, 2003.
2. ACOSTA Romero Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 17ª. ed., editorial Porrúa, México, 2004.
3. ARROYO Soto Augusto, *El secreto profesional del abogado y del notario*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1980 (Serie G, Estudios Doctrinales, 39).
4. BAUCHE García Diego Mario, *Operaciones Bancarias*, 4ª. ed., editorial Porrúa, México, 1981.
5. BORJA Martínez Francisco, *El Banco de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
6. BORJA Martínez Francisco, *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
7. CARVALLO Yáñez Erick, *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano*, 3ª ed., México, editorial Porrúa, 2003.
8. COCHEZ A. Guillermo y Martínez C. Víctor, núm. 28, *Revista Anuario de Derecho, Reserva y confidencialidad de las operaciones bancarias en la República de Panamá: el llamado secreto bancario*, en Panamá, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1999.
9. DAVALOS Mejía Carlos, *Derecho bancario y contratos de crédito*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 1992.
10. DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, editorial Porrúa, México, Tomo II, 2002.
11. DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo, *El fideicomiso*, 9ª ed., editorial Porrúa, México, 2001.
12. DOMINGUEZ Martínez Jorge Alfredo, *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*, 3ª ed., editorial Porrúa, México 1982.
13. FAÚNDEZ Ledesma Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004 (Doctrina Jurídica 201).
14. F. MALAGÓN Jaime, *Fideicomiso y Concesión*, editorial Porrúa, México, 2002.

15. GILBERTO Villegas Carlos, *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.
16. GUZMAN Holguin Rogelio, *Derecho Bancario y Operaciones de Crédito*, editorial Porrúa, México, 2002.
17. IBARRA Hernández Armando, *Diccionario Bancario y Bursátil*, editorial Porrúa, México, 1998.
18. MARQUEZ Piñero Rafael, *Diccionario Jurídico Mexicano*, editorial Porrúa, México, tomo IV, 1992.
19. MARTINEZ Cerezo Antonio, *Diccionario de Banca*, Ediciones Pirámide S.A. Madrid- España, 1979.
20. MARTINO Mendulice Fernando, *Diccionario de conceptos económicos y financieros*, editorial Andrés Bello, Chile, 2001.
21. MAXWELL Fry J., *Dinero, interés y banca en el desarrollo económico*, CEMLA FELABAN, México, 1990.
22. MÉJAN Luis Manuel, *El Secreto Bancario*, 3ª ed., editorial Porrúa, México, 2000.
23. MENDOZA Martell Pablo, *Lecciones de Derecho Bancario*, 2ª ed., Textos Jurídicos Bancomer, México, 2003.
24. MENDOZA Martell Pablo y PRECIADO Briceño Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, 2ª ed., editorial Porrúa, México 2003.
25. MUÑOZ Luis, *Derecho Bancario*, Cárdenas Editor, México, 2001.
26. MUÑOZ Luis, *El fideicomiso*, 2ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2001.
27. Naciones Unidas, *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, en Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal, núm. doble 34 y 35, ONU, Austria, 1999 (Serie Técnica del PNUFID, 8),
28. NÚÑEZ Álvarez Luis, *El Sistema Financiero Mexicano, sus debilidades y fortalezas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002 (Serie de Estudios Jurídicos, 35).
29. O. Greco, *Diccionario de Economía*, 2ª e d., Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2003.
30. PACHECO Pulido Guillermo, *El Secreto en la Vida Jurídica*, 3ª ed., editorial Porrúa, México, 2002.
31. QUINTANO Adriano Elvia Argelia, *Derechos de los usuarios de la banca*, editorial UNAM, México, 2000.

32. ROALDINI Jesús, *Actualidad y futuro del fideicomiso en México*, Bancomer, Institución de Banca Múltiple, México, 1997.
33. RODRIGUEZ Rodríguez Joaquín, *Derecho Bancario*, 9ª ed., México, editorial Porrúa, 1999.
34. ROLDAN Xopa José, *El Secreto Bancario para fines fiscales*, en Revista El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 8ª época, vol. III, núm. 4, México, 1990.
35. RUIZ Torres Humberto, *Derecho Bancario*, Oxford University Press, México, 2003.
36. SALAS Gutiérrez Carlos [dir.], *El servicio fiduciario en México y su origen*, México, Nacional Financiera.
37. SOTO Sobreyra y Silva, Ignacio, *Ley de Instituciones de Crédito: Antecedentes y Comentarios*, 6ª ed., editorial Porrúa, México, 1995.
38. VARELA Juárez Carlos, *Marco Jurídico del Sistema Bancario Mexicano*, editorial Trillas, México, 2003.
39. VILLAGORDOA Lozano José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, 3ª ed., editorial Porrúa, México, 1998.

LEGISLACION

1. Código Penal Federal, *Agenda Penal del D.F.*, 16ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2006.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, editorial SISTA, México, 2005.
3. Constitución Política del Perú, *Sección de obras de política y derecho*, UNAM, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
4. Constitución Política de la República de Panamá, *Sección de obras de política y derecho*, UNAM, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
5. Constitución Federal de la Confederación Suiza. www.juridicas.unam.mx
6. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, núm. XIII, marzo, 2001.
7. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, núm. IX, mayo, 1999.
8. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, núm. XIV, septiembre, 2001.
9. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, núm. XVLLL, julio 2003.

10. Ley del Banco de México, *Agenda Financiera*, 8ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2006.
11. Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, *Agenda Financiera*, 8ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México 2006.
12. Ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros, *Agenda Financiera*, 8ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2006.
13. Ley de Instituciones de Crédito, *Agenda Financiera*, 8ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México 2006.
14. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, *Legislación de Banca y Crédito*, editorial SISTA, México, 2005.
15. Ley del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, *Agenda Financiera*, 8ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2006.
16. Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, *Diario Oficial de la Federación*, 1ª sección, 24 de junio, 2002.
17. Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, *Legislación de Banca y Crédito*, editorial SISTA, México, 2005.
18. Ley Orgánica de Nacional Financiera, *Agenda Financiera*, 8ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2006.
19. Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior, *Legislación de Banca y Crédito*, editorial SISTA, México, 2005.
20. Ley Orgánica de Financiera Rural, *Diario Oficial de la Federación*, 1ª sección, 26 de diciembre de 2002.
21. Ley Orgánica del Banco Nacional de Ahorro y Servicios Financieros, *Diario Oficial de la Federación*, 1ª sección, 1 junio 2001.
22. Ley Orgánica de la Sociedad Hipotecaria Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 1ª sección, 11 de octubre, 2001.
23. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, *Agenda de la Administración Pública Federal*, 17ª ed., Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2006.
24. Ley No. 26702 de Perú (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros). www.sbs.gob.peru
25. Decreto-Ley No. 9 (Ley Bancaria) de Panamá. www.superbancos.gob.panama

26. Acuerdo No. 9-2000 de Panamá (Sobre Prevención del Uso Indebido de los Servicios Bancarios de 23 de octubre de 2000). www.superbancos.gob.panama
27. Ley No. 42 (Que establece medidas para la prevención del delito de blanqueo de capitales, de 2 de octubre de 2000). www.superbancos.gob.panama
28. Decreto No. 213 (Relacionado con el ejercicio del fideicomiso, de 3 de octubre de 2000) de Panamá. www.superbancos.gob.panama
29. Ley Bancaria de Suiza (The Swiss Federal Banking Act). www.swissemb.org
30. Ley Federal Sobre la Prevención de Lavado de Dinero en el Sector Financiero de Suiza (Federal Act n the Prevention of Money Laundering in the Financial Sector). www.swissemb.org

09817057-9

tey_wen@hotmail.com

56555091