

00721
911 a

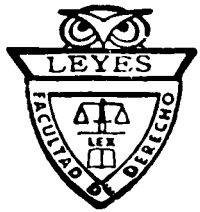


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

INTERVENCION GERENCIAL Y ADMINISTRATIVA A LAS INSTITUCIONES DE CREDITO

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LEON ERNESTO UBILLA SUAZO



MEXICO, D. F.

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Agradecimientos

A Dios, por regalarme la vida y sus infinitos dones.

A mis padres y hermanos, porque a pesar de la distancia, siempre encontré su amor, apoyo y enseñanzas de fe.

A mi primo Francisco César, por su ánimo y presencia.

A Guillermo Pérez Santiago, José Ignacio Peralta Sánchez, Nora Luisa Moreno y Alfonso Gutiérrez Lacayo, por la entrañable y cercana amistad.

A la Facultad de Derecho y mis maestros, por haberme permitido estar entre ellos.

A México, por haberme hecho sentir siempre en casa.

Dedicatoria

"nel mezzo del cammin di nostra vita..."
Dante Alighieri (*Divina Comedia. Inf.1.1*)

Con profundo amor, a Danielita y Marina, Norte y Sur de mi horizonte.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ÍNDICE GENERAL

INTERVENCIÓN GERENCIAL Y ADMINISTRATIVA A LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.	4
INTRODUCCIÓN.	6
CAPÍTULO PRIMERO.	
EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO	
1. Generalidades.	9
2. Instituciones de Crédito.	16
A. Naturaleza jurídica.	18
B. Constitución.	21
B.1. Denominación.	21
B.2. Domicilio.	22
B.3. Objeto.	23
B.4. Duración.	24
B.5. Capital Social.	25
B.5.1. Capital social ordinario.	27
B.5.2. Capital social adicional.	27
B.5.3. Capital mínimo.	28
B.5.4. Capital neto.	29
B.6. Restricciones a la suscripción y tenencia accionaria.	30
C. Administración.	32
C.1. Consejo de Administración.	33
C.1.1. Integración del Consejo de Administración.	34
C.2. Requisitos y prohibiciones para el nombramiento de consejeros.	35
C.3. Director General.	38
D. Vigilancia.	40
E. Operaciones bancarias.	42

E.1. Operaciones Pasivas.	48
E.2. Operaciones Activas.	50
E.3. Operaciones de Servicio.	53
F. Prohibiciones.	54

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTORIDADES COMPETENTES EN MATERIA BANCARIA.

1. Generalidades.	62
2. Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).	65
A. Estructura Orgánica.	66
B. Facultades.	66
3. Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV).	73
A. Naturaleza jurídica.	74
B. Organización.	81
C. Facultades.	85
4. Banco de México (BANXICO).	89
A. Naturaleza jurídica.	91
B. Organización.	100
C. Finalidades.	105

CAPÍTULO TERCERO

INSPECCIÓN Y VIGILANCIA.

1. Generalidades y características.	108
2. Supervisión Bancaria.	113
3. Inspección y Vigilancia.	134
A. Naturaleza jurídica.	135
4. Inspección.	139
A. Inspectores.	142
A.1. Facultades.	143
A.2. Obligaciones.	144
5. Vigilancia.	146
6. Obligaciones de las Instituciones de Crédito.	149

CAPÍTULO CUARTO
INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

1. Generalidades.	151
2. Antecedentes legislativos de la intervención en México.	153
3. Características generales.	156
A. Intervención Preventiva.	158
B. Intervención Gerencial.	162
4. Finalidades.	166
A. Finalidad de la Intervención Preventiva.	168
B. Finalidad de la Intervención Gerencial.	169
5. Naturaleza Jurídica.	170
6. Procedimiento Administrativo de Intervención Gerencial.	173
7. Interventor-gerente.	177
A. Facultades y obligaciones.	180
B. Relaciones con los órganos sociales.	181
B.1. Consejo de Administración.	183
B.2. Asamblea de Accionistas.	187
8. Terminación de la Intervención Gerencial.	190
9. Efectos de la Intervención Gerencial en la Institución de Banca Múltiple intervenida.	191
10. Inconstitucionalidad del Procedimiento de Intervención Gerencial.	192
CONCLUSIONES.	196
BIBLIOGRAFÍA.	202
HEMEROGRAFÍA.	206
INTERNET.	208
LEGISLACIÓN CONSULTADA.	208

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BANXICO	Banco de México.
BIS	Banco de Pagos Internacionales (por sus siglas en inglés).
CCF	Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928.
CCM	Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de octubre de 1889.
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
CONSAR	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
FOBAPROA	Fondo Bancario de Protección al Ahorro.
IPAB	Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.
LBM	Ley del Banco de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1993.
LCNBV	Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1995.

LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932.
LIC	Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.
LPAB	Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999.
LRAF	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
RICNBV	Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1993.
RIVC	Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria en Materia de Inspección, Vigilancia y Contabilidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de noviembre de 1988.

INTRODUCCIÓN

Ante la premisa de tener una adecuada regulación y supervisión bancaria que permita al país lograr un sano, equilibrado y sostenido crecimiento económico, en medio de una economía nacional débil, un frágil sistema bancario interno y un competitivo mercado financiero global, resulta para los estudiosos y creadores de las leyes bancarias una ardua tarea, especialmente, porque se debe reflexionar en la formulación de normas que tengan como fin último el bien común, la justicia, la seguridad y certeza jurídica.

En este sentido, las normas reguladoras del mercado monetario y de capitales, así como las tendientes a organizar la actividad y las que estructuran el sistema bancario de los Estados, constituyen un tema central en todo ordenamiento jurídico y sin que el nuestro sea la excepción.

Actualmente, los países tienen organizada jurídicamente la actividad financiera y han creado un sistema de supervisión e intervención bancaria que se encuentra en manos del poder público.

La actual legislación sobre la intervención bancaria mantiene una indudable complejidad en orden a su confluencia con su aspecto teleológico y no soluciona las anomalías e injusticias que su aplicación trae aparejadas.

Este atolladero normativo, junto con la precaria manera en que se ha abordado por la mayoría de los más prestigiosos autores de la materia del derecho bancario a la intervención bancaria, justifica el intento e interés de presentar el presente trabajo.

Se pretende realizar una interpretación integral del ordenamiento legal bancario vigente al centrar el tratamiento de la intervención bancaria a la luz de los principios en que orbita nuestro sistema jurídico y, sobre todo, dar un pequeño paso en el conocimiento de la esencia, muchas veces oscura e inescrutable, de la figura jurídica de interventoría.

Se ha considerado oportuno omitir, en lo que se pueda, el desarrollo histórico de la actividad bancaria y de la figura jurídica central del presente trabajo, con el propósito de focalizar directamente su naturaleza jurídica, tratamiento legal, finalidad e implicaciones jurídicas.

El principal objetivo en el presente trabajo consiste en hacer una descripción general de las principales características de la interventoría bancaria, circunscribiendo el análisis a la intervención gerencial de las instituciones de banca múltiple por parte de la autoridad competente.

Asimismo, se estudiará la intervención bancaria en el derecho positivo mexicano, tanto su regulación genérica como su regulación especial, criticando, cuando sea necesario, las disposiciones legales aplicables.

Al referirme a las disposiciones aplicables en materia bancaria, no se pretende hacer un estudio de la estructuración y regulación del universo de la actividad bancaria y, menos aún, de las condiciones financieras y económicas del sector bancario. A su vez, cabe prevenir que la disciplina que se busca abordar, no es obviamente la economía, ni en algún aspecto parcial y ni siquiera de sus conceptos genéricos. Dicho estudio sería objeto de un trabajo más amplio de lo que se pretende en el presente. Se trata de un tema estrictamente jurídico, ubicado dentro del derecho económico y particularmente mercantil, por lo tanto, las interrogantes y pretendidas respuestas no exceden del marco jurídico. Sin embargo, ocurre que su referencia descansa sobre las funciones de la actividad bancaria y financiera, de ahí que ciertas afirmaciones y explicaciones parecieran incursionar en el terreno de la economía; pero no es así, se ha tratado que cada vez que se utiliza en una argumentación un concepto económico, sea un concepto objetivo, pacífico, no discutido. Además, otra de las razones que lleva a las referencias económico-financieras es la de contextualizar la hipótesis central de la intervención gerencial a las instituciones de banca múltiple en el ordenamiento jurídico positivo.

Con el objeto de realizar un estudio global de la intervención con carácter gerencial a las instituciones de banca múltiple, y siguiendo un método deductivo, he considerado dividir el cuerpo de este trabajo en cuatro capítulos íntimamente relacionados entre sí y un apartado final para las conclusiones.

Los primeros tres capítulos son el contexto general en donde gravita la figura jurídica de la interventoría bancaria; en ellos, se pretende brindar el soporte jurídico y el entorno necesario para no aislar el objeto de estudio del presente trabajo.

En este orden de ideas, el capítulo primero versará sobre el sistema bancario en nuestro ordenamiento jurídico y particularmente sobre las instituciones de banca múltiple. No será un análisis sobre la banca, sino, la descripción genérica respecto de algunas particularidades de las instituciones de banca múltiple.

En el segundo capítulo se estudiará a las autoridades competentes en materia bancaria, directamente relacionadas con la interventoría. Para ello, se ha de partir de una breve explicación de la facultad genérica del Estado en materia económica con el objeto de observar el principio en que se sustenta los mecanismos de regulación y supervisión al sistema bancario y particularmente

a las instituciones de banca múltiple. Asimismo, se hará una descripción de las características de cada una de las distintas autoridades en materia bancaria bajo un enfoque centrado en su naturaleza jurídica, facultades otorgadas por las disposiciones legales vigentes y finalidades que persiguen.

Por lo que respecta al capítulo tercero del presente trabajo, se ha de precisar que éste trata con particular énfasis la supervisión de las instituciones de crédito desde la óptica de los procedimientos que expresamente prescribe nuestra legislación bancaria, estos son, la inspección y vigilancia. Por ello, se pretende desentrañar cuál es la finalidad de una supervisión bancaria efectiva ante la contingencia de una crisis bancaria y en qué consiste cada uno de los procedimientos antes mencionados.

El cuarto y último capítulo es el tema central del presente trabajo. Como lo he mencionado, consistirá en realizar una descripción general de la figura jurídica de interventoría bancaria. En este sentido, la hipótesis fundamental se sustenta en desentrañar si las disposiciones legales vigentes en materia de procedimiento de intervención gerencial a las instituciones de banca múltiple se basan o no en el principio de constitucionalidad y legalidad consagrados en el ordenamiento jurídico constitucional.

CAPÍTULO PRIMERO

EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO

1. Generalidades.-

Referirse al sistema bancario implica, necesariamente, diferenciarlo de su género próximo denominado sistema financiero. Esta distinción no responde estrictamente a "cuestiones terminológicas o académicas"¹, sino a la relevancia que tiene a la luz de nuestro derecho positivo, al momento que la LIC, en su artículo 3, expresamente señala la manera de cómo se integra el Sistema Bancario Mexicano, y en ese sentido, la importancia en dejar entrever un concepto legal del mismo. De igual forma, la referida distinción circunscribe un primer ámbito espacial de aplicación de las normas que se observarán para el estudio de la intervención bancaria.

En orden estrictamente metodológico, empezaré con algunas generalidades de lo que se denomina sistema financiero, para después entrar al estudio de su diferencia específica, es decir, al del Sistema Bancario Mexicano.

Son abundantes en la doctrina jurídica y, especialmente en la literatura económica, los estudios que abordan al sistema financiero en su conjunto y, específicamente, a los bancos o instituciones de crédito. Creo oportuno señalar que éste no será un estudio jurídico exhaustivo y menos aún de carácter económico respecto del complejo mundo financiero y bancario, sino la descripción general de algunas particularidades normativas en el ámbito de las instituciones de crédito.

Hecha la acotación anterior, se establece que en la actualidad la complejidad que caracteriza a los sistemas financieros de las naciones versa principalmente, entre otras razones, sobre el gran número de tecnicismos en sus operaciones; el alto grado de especialidad que lo envuelve y la realidad tan cambiante en donde se desarrolla; sin soslayar por ello la importancia que tiene y representa en la vida económica de un país, misma que se verán al final de este punto.

Conceptualizar un sistema financiero no resulta fácil, especialmente porque entre los académicos y estudiosos del derecho existe un problema de coincidencias para llegar a una exacta definición y ubicarlo dentro de las diferentes ramas del derecho, especialmente porque sus postulaciones, en algunos casos, han sido sobrepasadas por los hechos.

¹ Acosta Romero, Miguel: *Nuevo Derecho Bancario*, Octava edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 165.

A pesar que exista en las diversas leyes financieras de nuestro país la reiterada utilización del sustantivo sistema financiero (sirva como ejemplo el que señala la LRAF en su artículo 2 y publicada en el DOF el 18 de julio de 1990, al prever que las autoridades financieras en el ámbito de su respectiva competencia ejercerán sus atribuciones procurando el desarrollo del "sistema financiero del país"), se tiene como constante en ellas un reflejo de ambigüedad, básicamente porque no se aclara qué debemos entender por sistema financiero, y menos aún, que exista una definición legal de Sistema Financiero Mexicano. No obstante, la doctrina se ha ocupado al respecto en diversas ocasiones, tal es el caso del doctor Jesús Rodríguez De la Fuente, quien lo define como "el conjunto de autoridades que lo regulan y supervisan; entidades financieras que intervienen generando, captando, administrando, orientando y 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 prestar servicios bancarios con residentes en el extranjero"².

Partiendo de la anterior definición, se llega al presupuesto que, cuando diversas autoridades y entes financieros realizan actividades bajo un orden que los organice y relacione entre sí, dándole en consecuencia una estructura y coherencia esquemática que contribuyan a realizar fines comunes, estaremos entonces ante la presencia de un sistema financiero. Por ello, un sistema financiero no existe por el sólo hecho de que hayan individuos o empresas que operen en la intermediación, por importantes que sean, es menester que además conformen un conjunto integrado que respondan a una concepción general de su función -casi siempre plasmada en un texto legal-, actuando bajo la dirección y pautas comunes.

En este orden de ideas, existen de acuerdo al autor Francisco Borja Martínez, "elementos connotativos"³ íntimamente relacionados entre sí que caracterizan a cualquier sistema financiero y, por extensión, al bancario.

Sin profundizar en estos elementos característicos, con ello, el mencionado autor se refiere: (i) a la naturaleza jurídica de los distintos servicios financieros; (ii) al régimen aplicable a la prestación de esos servicios por el Estado y los particulares; (iii) a las condiciones de regulación a que tales servicios están sujetos, y por último, (iv) la asignación de los diferentes servicios financieros a los diversos tipos de intermediarios, conforme a criterios de especialización o de generalidad que adopte el sistema.

² De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros. Fianzas. Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Grupos Financieros*. Tomo I, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 65.

³ Francisco Borja Martínez: *El nuevo sistema financiero mexicano*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1991, pág. 22.

En la doctrina jurídica, los anteriores elementos han sido objeto de un profundo estudio, mismos que han sufrido significativos cambios, debido principalmente, al impacto que ha tenido a lo largo del tiempo el desarrollo de las instituciones bancarias en el crecimiento económico de las sociedades modernas.

En cuanto a la naturaleza de los distintos servicios financieros, actualmente la doctrina más reconocida considera a la actividad bancaria, no de servicio público, sino como servicio de interés público o general⁴, llegando incluso a establecerse que "requiere indispensablemente de un intenso control por parte del Estado"⁵. Lo anterior, tiene vital relevancia en cuanto a la autorización o concesión por parte del Estado que tienen las entidades encargadas de prestar el servicio financiero y, especialmente para los efectos del presente trabajo, el de banca y crédito.

A reserva de observar en el capítulo segundo los aspectos relativos a la autorización y su distinción con la concesión, se puede señalar que de la naturaleza que se otorgue a la prestación de los diversos servicios bancarios depende en gran medida si los mismos se reservan de manera exclusiva al Estado, corresponden sólo a los particulares, o bien, se configuren un sistema financiero mixto en el que el Estado se reserve la propiedad y el control de algunas instituciones, reconociendo que el resto de ellas se encuentran en la esfera de los particulares.

Por lo que respecta a las condiciones de regulación por parte del Estado, la actividad bancaria en sus inicios careció de una regulación específica, o bien, la misma fue limitada. En la medida que los servicios financieros presentaron un creciente desarrollo y especialización se estableció un orden normativo particular donde intervino la autoridad estatal con una mayor regulación, tendiendo la misma a procurar una sana situación financiera de los servicios para la debida protección de los intereses del público, así como de proveer la más conveniente canalización de los recursos en beneficio de los distintos sectores demandantes de crédito, y el de contar con los instrumentos necesarios a la aplicación de políticas regulatorias de la moneda, el crédito y los cambios.

En épocas recientes, la generalidad de los países tienen sistemas financieros (especialmente el bancario) sujetos a una regulación restrictiva y a un alto grado de especialización. Se ha observado que estas condiciones limitan la eficiencia de los correspondientes sistemas financieros, por lo que es clara y general la tendencia a liberalizar los regímenes aplicables al

⁴ Cfr. *Idem*. pág. 25.

⁵ Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A: *Crisis e insolvencia de entidades financieras*. Rubinzal - Cuzoni Editores. Buenos Aires, 2001, pág.19.

quehacer financiero; pero no hacia una completa liberalización del sistema, sino a una *re-desregularización*.

No obstante, una "conveniente liberalización" de las operaciones bancarias implica "armonizar medidas que procuren el cumplimiento de varios objetivos"⁶, estos son, adecuada solvencia y liquidez de las instituciones; eficacia en la aplicación de políticas regulatorias de la moneda, el crédito y los cambios; protección de los intereses del público; supervisión adecuada; y acceso a crecientes niveles de eficiencia en los servicios que realiza la banca.

En este sentido, las características del régimen que norme y estructure al sistema financiero se debate entre una extrema regulación por parte del Estado o la liberalización del quehacer financiero. Los alcances de una conveniente regulación por parte de las autoridades competentes serán analizados en el siguiente capítulo del presente trabajo.

Referente al criterio de especialización o de generalidad en las funciones a realizar por los diversos tipos de intermediarios, se puede mencionar que la evolución nos ha llevado a pasar de un sistema de banca especializada al de un sistema de banca múltiple o general. Al respecto, la Exposición de Motivos de la LIC publicada en el DOF el 18 de julio de 1990, consideró que en México el servicio de banca y crédito continuaría prestándose por instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo. Esto obedece, a juicio del legislador, primero, a la "idoneidad que esta división sistemática" ha demostrado en los últimos años; y segundo, a que las mismas son ya ampliamente conocidas por quienes reciben los beneficios del servicio.

Las razones en que se apoya la tesis de generalidad en las funciones bancarias, parten de la idea que ésta propicia un óptimo aprovechamiento de los recursos humanos y materiales con que cuentan los intermediarios; además, permite un mejor servicio al público al atender "en una sola ventanilla" sus diversos requerimientos financieros; así como también, originan que las instituciones financieras estén en condiciones de prestar una amplia gama de servicios facilitándoles el acceso a economías de escala con la consiguiente reducción en el costo de dichos servicios.

Otro de los argumentos en apoyo de la generalidad en la prestación de los servicios financieros, está basado en que los intermediarios alcanzan mejores condiciones de liquidez al operar en forma amplia, tanto en el mercado de dinero como en el de capitales.

⁶ *Ibid.* pág. 27.

Por el contrario, en el sistema de banca especializada, el cual se integra por diferentes tipos de instituciones de crédito que actúan cada una de ellas en rubros específicos de la clase del servicio permitido, participan sólo o principalmente en un mercado financiero, por lo que su captación tiene un comportamiento marcadamente cíclico y de acuerdo a las épocas en que se generan las recepciones de depósitos, dependiendo del sector o industria que se trate, trayendo consecuencias de posible inestabilidad e insolvencia en el sector.

Considerando todas estas ventajas en cuanto a la tendencia de la banca generalizada, ha surgido en diversos países el concepto conocido bajo el nombre de banca o intermediación universal, el cual, postula la conveniencia de que un sólo intermediario o un grupo formado con distintos tipos de ellos lleve a cabo la generalidad de los servicios financieros, o bien, en una misma entidad se lleven a cabo tanto las actividades propias de un banco comercial como las de un banco de inversión.

El concepto de banca universal supone que será en la banca en donde se integre con mayor amplitud la prestación de los servicios financieros. De acuerdo con el grado de integración que puedan tener los bancos para producir diferentes servicios, la estructura organizacional de la intermediación bancaria se clasificó en dos tipos genéricos: el modelo *angloamericano* y el llamado modelo de *banca universal*. La forma de organización de tipo angloamericana se caracterizaba por separar el crédito y la suscripción de títulos; es decir, sólo permitía que los intermediarios pudieran integrar actividades especializadas. Se originó este sistema con dos leyes de gran importancia en el ámbito legal de los Estados Unidos de América: la Ley McFadden de 1922, que restringe la operación geográfica de los bancos; y la Ley Glass-Steagall de 1933, que separaba a la banca comercial de la banca de inversión y de la actividad aseguradora. Sin embargo, el 5 de noviembre de 1999, el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó la reforma financiera más importante de ese país al derogar lo relativo a la separación entre banca comercial y banca de inversión.

Por su parte, en la banca universal, bajo el modelo alemán que se remonta a los bancos de ese país del siglo XIX y que se ha adoptado en bancos de Suiza y Corea, el intermediario puede integrar actividades de préstamo como banco comercial, así como suscribir títulos como banca de inversión.

Inicialmente se señaló que el sistema financiero es mucho más amplio que el sistema bancario, por lo tanto incluye, a juicio del doctor Miguel Acosta Romero, cuatro "subsistemas": el subsistema bancario, el de intermediarios financieros no bancarios, el de intermediarios bursátiles,

y el de sociedades que prestan sus servicios a las otras tres subespecies del Sistema Financiero Mexicano, y que son a partir de 1994 las Cámaras de Compensación (SECOBAN)⁷.

Sin entrar al estudio de todos los subsistemas, ya que no es objeto del presente trabajo, es importante precisar que de acuerdo a los artículos 3, 45-A y 103, fracción IV, de la LIC, el Sistema Bancario Mexicano se encuentra integrado por el BANXICO, las instituciones de banca múltiple, filiales de instituciones financieras del exterior, las instituciones de banca de desarrollo, las sociedades financieras de objeto limitado, el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros (el Patronato del Ahorro Nacional desapareció legalmente mediante la publicación de la Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, según DOF del 1ro. de julio del 2001.), los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico y aquellos fideicomisos que sirven para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al BANXICO.

En este orden de ideas y con objeto de llegar a un concepto del Sistema Bancario Mexicano en *stricto sensu*, se señala que éste es aquel formado por las instituciones de crédito y por las autoridades de inspección y vigilancia (funciones que serán analizadas en el tercer capítulo del presente trabajo), sin incluir a los otros intermediarios financieros y su ámbito de supervisión.

Ahora bien, partiendo del principio que el servicio de banca y crédito se lleva a cabo por la intermediación bancaria, se dice que los bancos intermedian en los mercados financieros, ya que aceptan la oferta de dinero y satisfacen la demanda de los mismos recursos.

Como en todo lugar en donde se venden y se compran cosas, en el mercado financiero hay quienes ofrecen dinero y quienes lo necesitan; hay oferta y demanda de recursos monetarios, y entre una y otra se encuentran o colocan los bancos.

En este sentido, la intermediación consiste en la recepción de recursos del público para su inversión nuevamente de entre el público a la discreción del intermediario. Intermediario, en un sentido amplio, "es el que media entre dos o más personas especialmente entre productores y consumidores de géneros o mercancías"⁸; y jurídicamente, el intermediario financiero es un intermediario en el crédito; es decir, aquél que capta y concentra capital ocioso y lo canaliza adecuadamente para utilizarlo en actividades productivas.

Por otro lado, y de acuerdo al artículo 2 de la LIC, las instituciones de crédito son las únicas autorizadas para recibir depósitos bancarios de dinero a la vista en cuentas de cheques, siendo

⁷ Cfr. Acosta Romero. *Op. Cit.* pág. 166.

⁸ Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima primera edición Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992, pág. 1180.

esta operación exclusiva y el distingo respecto de los otros intermediarios financieros que reconoce nuestra legislación.

De lo señalado en los dos últimos párrafos, se observa la existencia de intermediarios financieros bancarios e intermediarios financieros no bancarios. La distinción de tales intermediarios no es sólo por un interés exclusivo de los tratadistas, tiene derivaciones, pues implica que queden incluidos o excluidas de la legislación bancaria empresas y actividades de características no convencionales, además, obedece al objeto que realizan, y por ello, es un criterio de distinción meramente formal y circunstancial.

En efecto, la intermediación no bancaria la llevan a cabo otras entidades financieras, tales como las casas de bolsa, sociedades de inversión, sociedades operadoras de sociedades de inversión, es decir, los intermediarios financieros bursátiles; así como las organizaciones auxiliares del crédito, entre las que destacan los almacenes generales de depósito, las arrendadoras financieras, las empresas de factoraje financiero, las sociedades de ahorro y préstamo, uniones de crédito y casas de cambio.

No me referiré en este trabajo a los intermediarios financieros no bancarios, sino exclusivamente a los bancarios, y específicamente a las instituciones de crédito de banca múltiple. Por lo tanto, se abordarán las disposiciones legales bancarias que regulan (formal y materialmente) a la banca múltiple en el ámbito espacial de las normas que originen a la figura de la interventoría bancaria.

Una vez expuestas de manera simplificada las características del Sistema Bancario Mexicano, se observa que éste representa de manera fundamental para la economía del país un papel total e importante, ya que a través de estas instituciones financieras se capta el ahorro del público y se canaliza hacia las diversas actividades productivas.

En general, el sistema bancario de un país constituye la base principal del sistema de pagos, facultando con ello la realización de transacciones que inciden fundamentalmente en la eficiencia económica de una nación.

Se mencionó anteriormente que la intermediación bancaria se lleva a través del servicio de banca y crédito, misma que sólo puede prestarse por instituciones de crédito autorizadas por el Ejecutivo Federal.

A continuación, analizaré algunas particularidades de las instituciones de crédito de banca múltiple.

2. Instituciones de Crédito.-

Una vez que se ha abordado de forma genérica a los intermediarios financieros, las entidades financieras que constituyen el objeto de nuestro estudio son aquellas que, en términos generales hacen de la intermediación pública de recursos financieros su actividad específica y habitual; caracterizada básicamente por la captación de depósitos y el otorgamiento de créditos. Sin embargo, esta simple definición es aplicable tanto a bancos como a otras entidades financieras. La distinción entre ambos, desde un punto de vista fáctico no es fácil; sin embargo, mediante una interpretación a *contrario sensu* de la propia legislación, se infiere un concepto legal de las instituciones de crédito.

De acuerdo con el artículo 2 de la LIC, el servicio de banca y crédito sólo podrá ser prestado por instituciones de crédito, las cuales, pueden ser instituciones de banca múltiple o instituciones de banca de desarrollo. Para efectos del presente trabajo se abordará exclusivamente lo relativo a las instituciones de banca múltiple.

El concepto de banca múltiple surge en nuestro derecho positivo a partir de la evolución que tuvieron las instituciones de banca especializada en cuanto a poder operar con más de una de las operaciones principales de las que tenían concesión.

Actualmente, la referida LIC utiliza el concepto de banca múltiple y particularmente señala en su artículo 9 que estas instituciones deberán ser sociedades anónimas de capital fijo y estar organizadas conforme a la LGSM en todo lo que no esté previsto expresamente en la LIC.

A pesar de que en el texto de la LIC el concepto de banca múltiple está directamente asociado al de sociedad anónima, se deberá precisar que ambos son totalmente distintos. En efecto, la sociedad anónima es una de las múltiples formas societarias, y la banca múltiple es una de las dos formas de prestar el servicio de banca y crédito que reconoce nuestro derecho positivo.

En México, a pesar de que la actual legislación bancaria no define a la banca múltiple, de acuerdo a una interpretación histórica del concepto, esto es, conforme a los artículos 2 y 8 párrafo primero, de la abrogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 3 de mayo de 1941, en concordancia con el artículo 3 transitorio de las reformas del 27 de diciembre de 1978 -en vigor a partir del 1 de diciembre de 1979-, se puede definir esta modalidad como una sociedad anónima a la que el Gobierno Federal, por conducto de la SHCP, le ha otorgado autorización (a partir de julio de 1990) para dedicarse al ejercicio habitual y profesional de banca y crédito en los ramos de depósito, ahorro, financiero, hipotecario, fiduciario y servicios conexos.

La forma de prestar el servicio de banca y crédito a través de la banca múltiple, general o integral, fue uno de los cambios más importantes que operaron en la evolución del sistema bancario de nuestro país, ya que permitió darle un nuevo dinamismo al concepto de banca y crédito. Sin embargo, la tendencia actual en los sistemas bancarios es hacia la banca universal.

En lo que respecta a la banca de desarrollo, señalaré únicamente que el artículo 30 de la LIC las considera entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y cuyo capital social está representado por certificados de aportación patrimonial que se dividen en Serie "A" y Serie "B"; su administración está encargada a un director general que es designado por el presidente de la República a través de la SHCP, y por un consejo directivo. En cuanto a los comisarios u órgano de vigilancia, de los dos miembros, uno es nombrado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativos y el otro, por los consejeros de la serie "B". Lo anterior, de conformidad con el Decreto que reformó a la LIC en su artículo 44 publicado en el DOF el pasado 24 de junio del 2002.

Antes de entrar a las peculiaridades de las instituciones de crédito en su modalidad de banca múltiple, para su mejor entendimiento, mencionaré brevemente un tema relacionado de gran importancia por lo que se refiere a la estructura corporativa de las instituciones de banca múltiple: el de los Grupos Financieros.

En toda la década de los años setentas surgieron en la legislación bancaria una serie de reformas de gran relevancia, permitiéndose con ellas, que las diversas instituciones de crédito de banca múltiple que existían pudieran conformar organizaciones con una estructura administrativa unificada, y aun cuando cada banco conservara su propia personalidad como sociedad anónima diferente, frente al público todos pudieran ostentarse como integrantes de un mismo grupo financiero.

Sin embargo, fue hasta 1990, según el DOF del 18 de julio, cuando se expidió un ordenamiento especial que tiene por objeto establecer las bases de la organización y funcionamiento de los grupos financieros, los términos bajo los cuales habrían de operar y la forma de cómo se protegerían los intereses del público.

En la constitución e integración de los grupos financieros, éstos deberán estar encabezados por una sociedad controladora, que no es más que una sociedad de sociedades, esto es, una sociedad que tiene el control de las sociedades o intermediarios financieros que forman el grupo, son las denominadas *holding companies* del derecho anglosajón.

El principal objeto de las controladoras es adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo, por lo tanto, deberán tener el control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes del grupo; para ello, deberán ser propietarias de las acciones con derecho a voto que representen al menos el 51% del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo.

De acuerdo al artículo 7 de la LRAF, para la constitución de un Grupo Financiero es necesario contar con una sociedad controladora y por algunas de las entidades financieras siguientes: almacenes generales de depósitos, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, sociedades financieras de objeto limitado, casas de bolsas, instituciones de banca múltiple, así como sociedades operadoras de inversión y administradoras de fondos para el retiro. En este sentido, el grupo financiero podrá formarse con, cuando menos, dos tipos diferentes de las entidades financieras siguientes: instituciones de banca múltiple, casas de bolsa e instituciones de seguros.

En los casos en que el grupo no incluya a dos de las mencionadas entidades deberá contar, por lo menos, con tres tipos diferentes de las entidades financieras citadas en el párrafo anterior que no sean administradoras de fondos para el retiro.

Después de estas breves e importantes anotaciones referentes a los Grupos Financieros, mismas que son válidas para efectos de ubicarnos dentro de la forma de constitución de las instituciones de crédito, veremos ahora algunas particularidades de los bancos.

A. Naturaleza Jurídica.-

El origen de la palabra banco deriva, según algunos autores, en su sentido semántico, de *abacus*, que eran los muebles que utilizaban los *argentarii*⁹ en Roma para realizar sus actividades. Sin embargo, casi toda la doctrina jurídica coincide en que el término tiene su antecedente remoto en el mostrador donde los cambistas guardaban su dinero; incluso, en el Derecho alemán y en el Derecho anglosajón la palabra "Bank" significa un conjunto de cosas, montón o amontonar, con la que se expresaba la acumulación de fondos de capital de dinero o de existencia, así como el mostrador, silla o mueble donde se sientan las personas.

El anterior significado no resulta preciso y, menos aún, apropiado para llegar a la naturaleza jurídica de los bancos, ya que a juicio del doctor Miguel Acosta Romero se trata de un concepto

⁹ Petit, Eugene: *Tratado elemental de Derecho Romano*, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 252.

"genérico"¹⁰, mismo que puede apreciarse desde diversos puntos de vista, como son, el económico, el técnico, el monetario y el jurídico.

Si se observa la legislación vigente en lo que respecto al vocablo banco, se encuentra una falta de sistemática jurídico-técnica. Además de no contar con una definición o concepto que pueda tomarse como base para establecer un criterio de lo que debe entenderse por banco, en ella se habla de instituciones de crédito, de bancos, de sociedades, entidades financieras, e incluso, de empresas. Es por ello necesario acotar, conforme al ordenamiento legal, la naturaleza jurídica de los bancos.

De conformidad con el primer párrafo del artículo 9 de la LIC, las instituciones de crédito de banca múltiple son sociedades anónimas de capital fijo organizadas con base a las disposiciones de la LGSM.

Ahora bien, con el objeto de ir precisando el análisis de la naturaleza jurídica de las instituciones de banca múltiple, cabe recordar que en el Derecho se distinguen las personas físicas de las morales (*persona* para el Derecho es una entidad dotada de existencia jurídica, susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas), de tal manera que existe la persona jurídica individual y las personas jurídicas colectivas. Con base la fracción III del artículo 25 del CCF,¹¹ las sociedades mercantiles son personas morales, esto es, entes creados por el derecho capaces de tener facultades y deberes. Además, conforme al artículo 3, fracción II y 75, fracciones XIV, XIX, XX y XXI del CCM, se trata de comerciantes y realizan actos de comercio.

En este mismo orden de ideas, se observa que dentro de las distintas sociedades mercantiles reconocidas por nuestro ordenamiento legal están las sociedades anónimas, las cuales, según el artículo 87 de la LGSM son aquellas que existen bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

De igual forma, al señalar el artículo 9 de la LIC que respecto de los bancos, "sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en todo lo que no esté previsto en esta Ley", se observa, con base en el artículo 6 de la LIC, el régimen de aplicación de la LGSM como supletorio, por lo que las mismas están sujetas a un régimen especial y sin el grado de libertad como las sociedades reguladas por la LGSM, difiriendo en mucho a la tradicional sociedad anónima, especialmente en lo relativo a su constitución, a la autorización que otorgue la SHCP,

¹⁰ Acosta Romero. *Op. Cit.* pág. 252.

denominación, al objeto, duración, capital social, domicilio, administración, órgano de vigilancia y régimen de prohibiciones, entre otros.

En apoyo de lo señalado en el párrafo anterior, existe una Tesis Jurisprudencial¹² que expresamente señala:

INSTITUCIONES DE CRÉDITO. EL CONCEPTO DE BANCA MÚLTIPLE ES DIFERENTE AL DE SOCIEDAD ANÓNIMA.-

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.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. III. 1o. C. 117C.

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.

Ahora bien, por este régimen especial que tienen las instituciones de banca múltiple es que algunos autores las consideran como "sociedades anónimas especializadas"¹³, "sociedad anónima bancaria"¹⁴ e "instituto bancario"¹⁵, pero casi toda la doctrina es coincidente con la legislación vigente de México en darle a las instituciones de crédito la naturaleza jurídica de sociedad anónima, siendo a mi juicio más adecuado y congruente, desde el punto de vista de la jurisprudencia técnica ("la jurisprudencia técnica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación"¹⁶), llamarla sociedad anónima bancaria.

¹¹ Nueva denominación según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 29 de mayo del año 2000.

¹² Publicada en la página 1765 del "Semanaario Judicial de la Federación y su Gaceta", Novena Época, Tomo XIII, marzo de 2001.

¹³ Miguel Acosta Romero. *Op. Cit.* pág. 561.

¹⁴ Dávalos Mejía, Carlos Felipe: *Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Tomo II: Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, Tercera edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México, 2001, pág. 185.

¹⁵ Aldrighetti, Angelo: *Técnica bancaria*, Quinta edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1960, pág. 7.

¹⁶ García Maynez, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*, Trigésimo octava edición, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 124.

B. Constitución.-

Para formar y organizar este tipo de sociedad se necesitan cubrir los requisitos de forma y fondo que señale la LGSM y la directriz que establece la LIC; por ello, en primer lugar se requiere presentar por escrito, y debidamente firmada por los promotores o representantes legales de éstos, una solicitud formal de autorización (a partir de 1990) ante la Dirección General de Banca y Ahorro de la SHCP con la siguiente información: (i) proyecto de estatutos; (ii) relación de socios; (iii) relación de probables consejeros y directivos; (iv) plan general de funcionamiento de la sociedad en cuanto a captación de recursos, cobertura geográfica, bases de aplicación de utilidades y de control interno se refiere; (iii) comprobante de depósito de cuando menos 10% del capital social propuesto; (iv) la demás información que la SHCP solicite.

Esta autorización, en caso de otorgarse, incluirá las opiniones del BANXICO y de la CNBV, en cuanto a la viabilidad, solidez, capacidad técnica y humana y los beneficios que con la constitución se proporcione directamente al público.

Con la opinión favorable de autorización, que al efecto expida la SHCP, se deberá obtener el permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores con el objeto de tramitar lo relativo a su denominación y la cláusula de admisión de extranjeros, precisando en todo caso, el objeto social o giro de la misma, que de acuerdo al artículo 9, fracción I de la LIC, será la prestación del servicio de banca y crédito.

Una vez obtenido el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, se procede a la expedición del oficio de autorización para que se tramite ante notario público o corredor público la protocolización de la escritura pública o póliza, según el caso, y de esa forma realizar su inscripción ante el Registro Público de Comercio y la debida publicación en el DOF y en dos periódicos de amplia circulación del domicilio social (artículo 8, segundo párrafo de la LIC) de la sociedad.

A continuación se verá algunas de las particularidades que tienen las instituciones de banca múltiple y que difieren de manera sustancial con las sociedades anónimas en su sentido genérico:

B.1. Denominación.-

Para la mayoría de los tratadistas la denominación social de las sociedades anónimas equivale lo que el nombre para las personas físicas.

En este sentido, las sociedades anónimas, con base el artículo 87 de la LGSM, se deberán constituir bajo una denominación social, misma que se "formará libremente, pero será distinta de la de cualquier otra sociedad y, al emplearse, irá siempre seguida de las palabras *Sociedad Anónima* o de su abreviatura *S.A.*" (artículo 88 de la LGSM).

La libertad que gozan las sociedades anónimas en *lato sensu* para formar su denominación social presenta una restricción en cuanto al uso de "las palabras banco, crédito, ahorro, fiduciario u otras que expresen semejantes en cualquier idioma", ya que expresamente el artículo 105 de la LIC reserva estos vocablos para los integrantes del Sistema Bancario Mexicano, a los bancos, entidades financieras del exterior, oficinas de representación de entidades financieras del exterior, empresas que les presten servicios complementarios o auxiliares en su administración a las Instituciones de crédito, sociedades inmobiliarias que sean propietarias o administradoras de bienes destinados a las oficinas de las instituciones de crédito.

La razón del legislador para establecer esta norma prohibitiva consiste principalmente en evitar confusiones y fraudes entre el público en cuanto a las actividades bancarias, las cuales, son exclusivas a entidades autorizadas por la SHCP. Interpretando la referida norma *a contrario sensu*, se señala que tales vocablos sólo podrán ser usados por intermediarios financieros.

B.2. Domicilio.-

El domicilio social o sede de las sociedades mercantiles, corresponde para la doctrina, al concepto de domicilio de las personas físicas.

La LGSM es omisa respecto a la regulación del domicilio de las sociedades mercantiles, aun cuando se establece como requisito en la escritura constitutiva (artículo 6, fracción VII de la LGSM) señalar el domicilio de la sociedad. Es por ello, que se deberá aplicar supletoriamente las reglas del CCF cuando expresamente señala en su artículo 33 que las personas morales tendrán su domicilio en el lugar donde se halle su administración.

Tratándose de las instituciones de banca múltiple, categóricamente el artículo 9, fracción IV de la LIC, señala que el domicilio social estará en el territorio nacional, sin establecer distingo en cuanto a un lugar específico del territorio nacional. Por ello, afirma el maestro Mantilla Molina que la cláusula que dice: "el domicilio social es la ciudad de..." significa que "en esta ciudad estará la administración y, como consecuencia, el domicilio de la sociedad".¹⁷

¹⁷ Mantilla Molina, Roberto: *Derecho Mercantil*, Vigésima novena edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 236.

De lo anterior, se concluye que los socios tienen libertad en escoger el domicilio social, siempre y cuando sea en el territorio nacional; aun cuando la opinión del jurista Miguel Acosta Romero, respecto al domicilio, va encaminada a que se deberá precisar como domicilio social de las instituciones de crédito "el lugar (de la Ciudad o Municipio), calle y número, donde se encuentra ubicada la oficina principal, más bien conocida como oficina matriz, donde funcionan las principales dependencias y los órganos de administración"¹⁸.

Por último, con base al artículo 10, fracción II, inciso "b" de la LIC, en las solicitudes de autorización para constituir una institución de crédito, se prevé que en el Plan general de funcionamiento se especifiquen "las previsiones de cobertura geográfica", lo que significa, a mi juicio, que esta cobertura puede ser regional o nacional, destacando con ello la libertad de los bancos en tener como domicilio una ciudad específica y no todo el territorio nacional.

No coincido con el doctor Miguel Acosta Romero en cuanto a que se deba precisar el lugar exacto del domicilio dentro de la Ciudad, ya que es válido señalar como domicilio social de una sociedad el nombre de una Ciudad, siempre y cuando en él se encuentre el asiento de la administración de la misma.

B.3. Objeto.-

El objeto de los intermediarios financieros, y particularmente al de las instituciones de banca múltiple, consiste en el conjunto de actos que se les ha autorizado realizar de acuerdo con las disposiciones legales aplicables y su autorización específica.

En concordancia con lo anterior, el objeto social de las instituciones de banca múltiple está delimitado en el artículo 9, fracción II de la LIC, el cual, consiste en la prestación del servicio de banca y crédito, y en consecuencia, de acuerdo a los artículos 46 y 106, fracción V de la citada ley, podrán realizar las operaciones y prestar los servicios bancarios, en todas sus modalidades, con apego a las sanas prácticas y a los usos bancarios y mercantiles, incluyendo las operaciones y servicios análogos y conexos que autorice la SHCP.

De conformidad con el artículo 2 de la LIC, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público para su colocación nuevamente en el mismo mediante actos

¹⁸ Acosta Romero. *Op. Cit.* pág. 590.

causantes de pasivo directo o contingente y con la obligación del intermediario de cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.

En términos generales, éste es el quehacer u objeto de la banca, el cual, implica una permanente interposición en el cambio de bienes de unas personas a otras, permitiéndonos afirmar que se trata de una actividad habitual y profesional entre la oferta y la demanda de dinero, es decir, entre entidades superavitarias y entidades deficitarias de recursos económicos.

A reserva de analizar más adelante las operaciones bancarias, es importante señalar que el concepto establecido en el artículo 2 de la LIC es parcial, ya que no comprende a las operaciones activas, ni las operaciones con valores, ni los servicios bancarios.

Se observa que las instituciones de crédito reciben el dinero, pero no para sí, pues lo vuelven a colocar entre las personas que lo necesitan, ya que supone la captación de recursos de manera directa en el mercado nacional para su colocación entre el público o para invertirlos de conformidad con el régimen que para tal efecto establece el BANXICO (artículo 48 de la LIC).

Sin embargo, señala la LIC en su artículo 2 que no se consideran operaciones de banca y crédito aquéllas que, en el ejercicio de las actividades que les sean propias, celebren intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito que se encuentren debidamente autorizados conforme a los ordenamientos legales aplicables, y apunta: "dichos intermediarios en ningún caso podrán recibir depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques".

Por último, cabe señalar que lo relativo a las operaciones bancarias se observará en el apartado correspondiente del presente capítulo.

B.4. Duración.-

La LGSM establece como requisito para cualquier sociedad que en su escritura constitutiva se especifique su duración (artículo 6, fracción IV), esto es, el plazo que fijan los socios para llevar a cabo la finalidad social.

Ahora bien, tratándose de la duración de las instituciones de banca múltiple, el artículo 9, fracción II de la LIC, señala de forma imperativa que ésta "será indefinida", sin que se deje a la potestad de los socios cualquier variación al respecto.

La *ratio legis* de la disposición anterior tiene como finalidad la de proporcionarle certeza y seguridad jurídica al público depositante, y en general, a los usuarios de los servicios bancarios, ya que de esa forma se garantizan en el tiempo las relaciones o vínculos jurídicos que se contraigan, brindándole confianza, permanencia y continuidad a sus operaciones.

Es necesario aclarar que el aspecto de la duración indefinida de las instituciones de crédito, no se traduce en que necesariamente sea a perpetuidad, ya que existe la posibilidad de que los socios acuerden su disolución anticipada, o bien, que se actualice alguna de las causas o hipótesis de disolución forzosa que establece la ley, o en última instancia, que la autoridad revoque la autorización y consecuentemente, la institución se disuelva y entre en estado de liquidación.

B.5. Capital social.-

Según el jurista Roberto Mantilla Molina, el capital social: "es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios, y señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las ganancias de la sociedad"¹⁹, esto es, la suma de las aportaciones que realizan los socios a la sociedad.

De la anterior definición, cabe precisar que el capital social difiere del patrimonio social, en virtud que: "el primero es inamovible y el segundo no"²⁰, y aunque originalmente (al momento de constituirse) coincidan, conforme vaya la sociedad operando y realizando su objeto social, se separan ambos conceptos; ya que entendemos por patrimonio social al "conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones"²¹.

En este sentido, el patrimonio social puede aumentar o disminuir según las actividades de la sociedad, esto es, que sean positivas o negativas, las cuales, no necesariamente deben coincidir con el capital social, ya que el patrimonio social puede tener una serie de elementos no considerados en el capital social, como son, por ejemplo, los créditos, bienes de activo y reservas; los cuales, pueden llegar a constituir un valor superior al capital social.

Cabe por último hacer el comentario que las sociedades anónimas, en un sentido genérico, pueden adoptar dos modalidades con respecto al capital social: capital fijo y capital variable. Se señala como diferencia fundamental entre ambas modalidades la posibilidad legal de variar el capital social (aumentos o reducciones), con la necesidad o no de modificar la escritura constitutiva.

¹⁹ Mantilla Molina. *Op. Cit.* pág. 212.

²⁰ Carvallo Yáñez, Erick: *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano*, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 6.

Ahora bien, en lo referente al capital social de las instituciones de crédito, la LIC señala en sus artículos 9 y 11, que éste será fijo, y estará (imperativamente) formado por una parte ordinaria, y podrá (potestativamente) también, estar integrado por una parte adicional.

Por lo tanto, el régimen adoptado en la legislación para las instituciones de banca múltiple es el de capital fijo, por lo que para aumentarlo o disminuirlo se requiere una modificación a los estatutos sociales y su debida inscripción ante el Registro Público de Comercio, debiéndose primero ser aprobada esta modificación por la SHCP.

La función del capital social en este tipo de sociedades es garantizar el volumen y el grado de riesgo de las operaciones que realizan los bancos, así como también, absorber pérdidas previstas o imprevistas. Sin embargo, no siempre se puede cubrir con el capital social el monto de los pasivos, ya que "por cada peso de capital, los bancos pueden obtener doce pesos de depósito del público, dinero que a su vez lo prestan a los usuarios de los servicios de crédito bancario"²² y, por ello, el riesgo en extremo que tienen las instituciones de crédito de ser víctimas de una "corrida bancaria". Aquí surge, entre otras razones, la importancia de una adecuada y eficaz supervisión bancaria, aspecto que será analizado en el capítulo tercero del presente trabajo.

Lo anterior, significa que los bancos tienen la necesidad de mantener niveles de capitalización respecto sus activos u operaciones sujetas a riesgo, acordes con los estándares y medidas previstos por disposiciones de carácter general. Al respecto, se han emitido las *Reglas para los Requerimientos de Capitalización de las instituciones de crédito*, publicadas en el DOF el día 22 de septiembre de 1999 y modificadas por resoluciones publicadas los días 13 de diciembre de 1999, el 28 de febrero del año 2000 y más recientemente el pasado 14 de mayo del 2002, mismas que se ajustan según la referida reforma a las "recomendaciones que, en materia de capitalización bancaria, ha dictado el Banco de Pagos Internacionales (BIS)".

Por último, señalaré que cuando el capital social exceda del mínimo, deberá estar pagado por lo menos en un 50%, siempre que este porcentaje no sea inferior al mínimo establecido por la SHCP (artículo 19, tercer párrafo de la LIC).

²¹ Mantilla Molina. *Op. Cit.* pág. 212.

²² Ver: Fernández, Eduardo: Comparecencia ante las Comisiones Unidas de Programación, Presupuesto y Cuenta Pública y de Hacienda y Crédito Público, de la LVII Legislatura de la H. Cámara de Diputados, celebrada el día 24 de octubre de 1997, citado por Jesús de La Fuente Rodríguez. *Op. Cit.* Tomo I, pág. 296.

B.5.1. Capital social ordinario.-

Respecto a la parte ordinaria del capital social de las instituciones de crédito de banca múltiple, el ordenamiento legal vigente establece en su artículo 11 de la LIC que se integrará por acciones de la serie "O", mismas que son nominativas y de libre suscripción.

La anterior disposición obedeció a una reciente reforma en la LIC, publicada en el DOF el día 19 de enero de 1999, ampliando la participación de inversionistas extranjeros hasta por el 100% del capital social y eliminando los candados legales de tenencia accionaria de las distintas series de acciones que existían hasta antes de la reforma.

En efecto, la Exposición de Motivos de las reformas del 19 de enero de 1999 de la LIC, consideró a la participación del capital extranjero como: "un factor que puede contribuir a fortalecer y aumentar la eficiencia del sistema financiero", ya que la banca extranjera contribuye con "tecnología, mayor competitividad y un mayor nivel de supervisión".

Además, se consideró apoyar la "soberanía financiera" en la Ley y en las facultades de las autoridades para regular y supervisar a los intermediarios financieros y no en la nacionalidad del capital de éstos.

Al mencionar lo anterior, considero que las actuales circunstancias de la economía nacional son adversas para capitalizar vía inversionistas nacionales a las instituciones de créditos, especialmente por la baja rentabilidad del sector bancario frente a otros y, a que por ausencia del crédito bancario, los inversionistas nacionales tienden a utilizar sus excedentes en financiar negocios no bancarios; por lo tanto, la reforma legal en cuestión se gestó en un contexto necesario para la inyección de capitales a un sector de la economía que vive una de las peores crisis de su historia.

B.5.2. Capital social adicional.-

Tratándose de la parte adicional del capital social, en caso de que exista (artículo 11 de la LIC), estará representado por acciones de la serie "L", mismas que son nominativas, de libre suscripción y sólo se podrá emitir, previa autorización de la CNBV, hasta por un 40% del capital social ordinario.

Este tipo de acciones, conforme al artículo 12 de la LIC, es de voto limitado respecto a los asuntos relativos al cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución, liquidación y

cancelación de su inscripción en bolsas de valores; por lo que expresamente confieren un derecho a recibir un dividendo preferente, acumulativo y superior al de las acciones ordinarias, siempre y cuando se establezca así en los estatutos sociales.

B.5.3. Capital mínimo.-

En lo que se refiere al capital mínimo de las instituciones de crédito de banca múltiple, esto es, la cantidad fija sin derecho a retiro, el artículo 19 de la LIC señala que éste será la cantidad equivalente al 0.12 por ciento de la suma del capital neto que alcancen en su conjunto dichas instituciones al 31 de diciembre del año inmediato anterior. En este sentido, la LIC señala el procedimiento para establecer el capital social mínimo con base en un porcentaje del capital neto del sistema y no a través del capital pagado y reservas, como sería la regla general para las sociedades anónimas en su versión genérica (artículo 89, fracciones III y IV de la LGSM). De acuerdo a la Exposición de Motivos de las reformas a la LIC publicadas en el DOF el día 23 de diciembre de 1993, se consideró que para medir el crecimiento del sistema bancario es mejor referencia el capital neto del propio sistema y a efecto de no modificar substancialmente la cantidad que exista, se sugirió el 0.12% del capital neto del sistema.

Asimismo, y con base el artículo 19, segundo párrafo de la LIC, la CNEV, en el transcurso del primer trimestre de cada año, dará a conocer mediante publicación en el DOF, el monto del capital mínimo con el que deberán operar los bancos a más tardar el último día hábil del año de que se trate.

El espíritu de la ley respecto a fijar un capital mínimo, es con el propósito que al momento de constituirse una institución de crédito haya personas que estén obligadas a aportar el capital social, y en ese sentido, que exista un patrimonio que responda de las obligaciones sociales frente a los acreedores. Sin embargo, una vez en operación la entidad financiera, el propósito del legislador al mantener un capital social mínimo, consiste en que éstos cuenten con un patrimonio mínimo e indispensable que les permita tener una estructura financiera adecuada para la prestación del servicio de banca y crédito en condiciones de equilibrio, eficiencia, seguridad, liquidez y correcta operatividad.

Una de las características más importantes en cuanto al capital mínimo es que debe estar íntegramente pagado o exhibido.

Finalmente, el sexto y último párrafo del artículo 19 la LIC, permite a las instituciones de banca múltiple, mediante autorización de la SHCP, establecer los casos y condiciones en que los

bancos puedan adquirir temporal y transitoriamente sus propias acciones, dejando claramente sin efecto lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 134 de la LGSM al señalar que "se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad".

En este sentido, cabe mencionar que el segundo párrafo del mencionado artículo 134 de la LGSM prevé la venta ulterior de dichas acciones dentro del plazo de tres meses a partir de la fecha en que legalmente pueda la sociedad disponer de ellas, así como la privación de derechos y reducción del capital social, por lo que al ser la LIC omisa respecto a los "casos y condiciones" de la transitoriedad de la adquisición, será la SHCP quien tenga que legislar al respecto y, estaría, en nuestra opinión, violando la CPEUM al derogar sin facultades este segundo párrafo del artículo 134 de la LGSM.

B.5.4. Capital neto.-

Referirse al capital neto de las instituciones de banca múltiple es hacer alusión al concepto genérico de capital contable, esto es, "al valor en libros de la empresa, el cual, resulta de restarle al activo total el pasivo total. También es la suma de las cuentas de capital en un Balance"²³.

Ahora bien, tratándose de las instituciones de banca múltiple, el artículo 50 de la LIC (según reformas publicadas en el DOF del 4 de junio del 2001), expresa que las instituciones de crédito deberán mantener un capital neto en relación con los riesgos de mercado, de crédito y otros en que incurran en su operación.

Por lo que respecta a su monto, éste no podrá ser inferior a la cantidad que resulte de sumar los requerimientos de capital por cada tipo de riesgo, en términos de las disposiciones que establezca la SHCP (artículo 50 de la LIC). En este sentido, se suprime la referencia al 6% de la suma de los activos y de operaciones causantes de pasivo contingente y de otras operaciones expuestas a riesgos significativos que al efecto determinaba la SHCP.

Se conserva siempre en la disposición legal que la SHCP deberá escuchar la opinión de BANXICO y de la CNBV. No obstante, un aspecto relevante que establece la reforma en cuestión es lo relativo a que la SHCP, al ejercer esta atribución, deberá tomar en cuenta los usos bancarios internacionales respecto a la adecuada capitalización de las instituciones de crédito. Con ello, se fija en nuestro ordenamiento legal el fundamento para que la autoridad pueda adoptar los criterios que

²³ Cortina Ortega, Gonzalo: *Prontuario bursátil y financiero*, Editorial Trillas, México, 1986, pág. 35.

sugiere el *Bank For International Settlements* a través del *Basel Committe*, mismos que por la dinámica económico-financiera internacional y su compleja operación, están actualmente en constante revisión.

Por último, es necesario mencionar que, de acuerdo a las *Reglas para los Requerimientos de Capitalización de las instituciones de banca múltiple*, publicadas en el DOF el día 22 de septiembre del año 1999 y modificadas según DOF los días 13 de diciembre de 1999, 28 de febrero del año 2000 y recientemente el pasado 14 de mayo del 2002, la composición del capital neto se integra mediante una "parte básica" y "otra complementaria", atendiendo, entre otros aspectos, al régimen de capitalización de las operaciones expuestas a riesgos de mercado y de crédito.

En este sentido y como resultado de la mencionada reforma, México ha adoptado algunos de los principales estándares internacionales en materia de capitalización, en donde se establecen los factores de los montos de las posiciones ponderadas expuestas a riesgo de mercado y los porcentajes de los activos ponderados sujetos a riesgo de crédito. Sin embargo, "los estándares actuales de capitalización se enfocan principalmente en el riesgo crediticio que, si bien es cierto es uno de los más importantes, no es el único, existiendo otros riesgos trascendentes, como son los de tasa de interés, el de tipo de cambio, así como el de coberturas de riesgos en inversiones propias y la asunción de riesgos de terceros en operaciones de tesorería de banca de inversión"²⁴.

B.6. Restricciones a la suscripción y tenencia accionaria.-

De acuerdo con lo que señala el doctrinario Rafael De Pina Vara, en conformidad con el artículo 111 de la LGSN, "el capital de las sociedades anónimas se divide en acciones, representadas (o incorporadas) en títulos de crédito, que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de los socios"²⁵.

De la clasificación que hace la doctrina²⁶ de la acción como objeto de estudio, esto es, como parte del capital social, como expresión de los derechos y obligaciones de los socios, o bien, como título de crédito, me he estado refiriendo en este apartado a las acciones de las instituciones de banca múltiple como parte integrante y representativa del capital social, especialmente al señalar que las acciones del capital social de las instituciones de banca múltiple se representarán por las series "O" y "L".

²⁴ De la Fuente Rodríguez. *Op. Cit.* Tomo I, pág. 296.

²⁵ De Pina Vara, Rafael: *Derecho Mercantil Mexicano*, Vigésimo octava edición, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 98.

²⁶ *Idem*.

Ahora bien, en lo que respecta a la acción como expresión de los derechos y obligaciones de los socios, debemos señalar como regla general y de conformidad con el artículo 112 de la LGSM, que las mismas "serán de igual valor y conferirán iguales derechos", agregando el segundo párrafo del mismo artículo que "podrá estipularse que el capital social se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase". En este sentido, la LIC es congruente con la LGSM al señalar en su artículo 12 que "las acciones serán de igual valor; dentro de cada serie, conferirán a sus tenedores los mismos derechos, y deberán pagarse íntegramente en efectivo en el acto de ser suscritas".

De lo que he apuntado se observará ahora lo que señala nuestra legislación bancaria respecto a las restricciones en cuanto a la suscripción y tenencia accionaria.

Antes de las reformas a la LIC del 19 de enero de 1999, la legislación positiva consideró ciertas restricciones en cuanto a la suscripción de las acciones de las series "A" y "B" (cuando existían), mismas que tenían como orientación principal la limitación al capital extranjero. Actualmente, y como consecuencia de las reformas anteriormente citadas, por lo que respecta a las acciones de la serie "O" y "L", el artículo 13 de la LIC expresa que ambas series de acciones son de libre suscripción; pero en ningún caso podrán participar personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad; con ello, se mantiene en nuestra legislación la misma restricción que ha existido y tiene como objeto el inhibir conflictos entre soberanos.

En lo referente a la tenencia accionaria por persona, la LIC en su artículo 17 primer párrafo, según las últimas reformas publicadas en el DOF el 4 de junio del 2001, establece que cualquier persona física o moral podrá adquirir mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, el control de acciones de la serie "O" del capital social de una institución de banca múltiple, en el entendido que dichas operaciones deberán obtener la autorización previa de la SHCP, escuchando la opinión de la CNBV cuando excedan del 5% de dicho capital social. Interpretando a *contrario sensu*, cuando dichas operaciones no excedan del referido porcentaje, no se requerirá de la opinión de tal autoridad, aun cuando siempre será necesario la autorización de la SHCP.

Con la mencionada reforma, se elimina la restricción que existía respecto a que ninguna persona física o moral podía adquirir, directa o indirectamente, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, el control de acciones de la serie "O" por más del 5% del capital social de dicha institución.

Asimismo, al derogarse con las últimas reformas de la LIC el artículo 17 BIS, y mediante reforma del artículo 17 del mencionado ordenamiento, se permite y regula el control de la

administración de una institución de banca múltiple a cargo de una o un grupo de personas. Entiéndase que un grupo de personas obtiene el control de una institución de banca múltiple cuando se adquiera el 30% o más de las acciones representativas del capital social de la propia institución; se tenga el control de la asamblea general de accionistas; se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio se controle a la institución de banca múltiple que se trate.

A juicio del doctor Jesús De la Fuente Rodríguez, la restricción de la tenencia accionaria tenía como objetivo: "la democratización del capital social"²⁷ de las instituciones de banca múltiple, ya que permitía la amplia participación de personas, así como también, el control y autocontrol de las minorías. Con la actual reforma, en nuestra opinión, se rompe en el seno de la sociedad el equilibrio del capital social que anteriormente existía con la norma derogada, lo cual, incidirá en una afectación a la protección de los intereses del público, especialmente porque se autoriza una mayor concentración en manos de uno o de un grupo de accionistas la tenencia del capital social. No obstante, vemos con buenos ojos el que se regule en la Ley el establecimiento de los requisitos para el control de la administración de la sociedad a cargo de uno o de un grupo de accionistas.

C. Administración.-

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, administrar es "gobernar, ejercer la autoridad o el mando, dirigir una institución"²⁸. En este sentido, se debe entender por administración, en su sentido jurídico y especialmente en la materia que me ocupa, como la actividad dirigida a la gestión y representación de la sociedad y que tiene naturaleza orgánica.

Con base al artículo 6, fracción VIII de la LGSM, se deberá precisar en la escritura constitutiva de la sociedad anónima "la manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores", que, de acuerdo al artículo 142 de la citada ley, "recaerá en uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad" y, cuando sean dos o más los administradores, constituirán, según el artículo 143 de la LGSM, un consejo de administración.

Tratándose de instituciones de banca múltiple, categóricamente se expresa en el artículo 21 primer párrafo, de la LIC, que la administración: "estará encomendada a un consejo de administración y a un director general, en sus respectivas esferas de competencia".

²⁷ De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de Motivos, Disposiciones de la SHCP, BANXICO y ABM*, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 93.

²⁸ Real Academia Española. *Op. Cit.* pág. 44.

A juicio del jurista Jorge Barrera Graf, el artículo 21 de la LIC "no establece las esferas de competencia"²⁹ de los miembros del consejo de administración, ni del director general, por lo que se deberá aplicar supletoriamente la LGSM en sus artículos 142, primera fase, 145 (nombramiento de gerentes generales o especiales), 148 (nombramiento de delegados para la ejecución de actos concretos), 154 (continuación del ejercicio en sus cargos mientras no hayan nuevos nombramientos o no tomen los nuevos posesión del cargo), 156 (manifestar y abstenerse de toda deliberación en caso de que se tenga un interés opuesto al de la sociedad), y del 158 al 162 (régimen de responsabilidad solidaria).

C.1. Consejo de Administración.-

De acuerdo al ordenamiento positivo vigente respecto de las instituciones de banca múltiple, el consejo de administración es el órgano de la sociedad en el que la asamblea general de accionistas ha delegado la administración del banco, esto es, el órgano encargado de orientar la actividad de la entidad hacia los fines y objetivos por los cuales fue creada.

Como parte de las últimas reformas a la LIC en sus artículos 21 y 22, publicadas en el DOF el día 4 de junio del 2001, se modificó el régimen interno de gobierno de las instituciones de banca múltiple al configurar un consejo de administración que cuente con un "comité de auditoría, con carácter consultivo".

El objeto de introducir en el seno del consejo de administración a un comité de auditoría, independiente y con carácter consultivo, es el de mejorar la "gobernanza" en la organización interna de las instituciones de banca múltiple, con miras a modernizar el sistema financiero a través de implementar nuevas prácticas corporativas internacionales. En este sentido, la finalidad del comité de auditoría es coadyuvar en el mejor desempeño de las funciones del consejo de administración, y además, que este último cuente con mayores elementos para la toma de decisiones, junto con aquellas otras informaciones o elementos que está obligado a proporcionarle el director general.

²⁹ Barrera Graf, Jorge: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 473.

C.1.1. Integración del Consejo de Administración.-

Cabe destacar la importancia que tiene para nuestra legislación bancaria el carácter de colegialidad del consejo de administración de las instituciones de banca múltiple. Con esto, se otorga una mayor garantía y certeza en la toma de decisiones al considerarse diferentes puntos de vistas y diversas experiencias.

Con base a las mencionadas reformas del 4 de junio del 2001 de la LIC, y específicamente por lo señalado en su artículo 22, el consejo de administración estará integrado por un mínimo de cinco y un máximo de quince consejeros propietarios.

Ahora bien, de acuerdo a una interpretación histórica del precepto referido (cabe recordar que el artículo 22 de la LIC expresó originalmente que el consejo de administración estaría integrado por once miembros o por múltiplos de once; posteriormente, señaló que estaría integrado hasta por quince miembros, sin señalar un mínimo), se considera que la intención del legislador al limitar el número de los consejeros en sus números máximo y mínimo finalmente logró establecer una norma acorde con la exigencia de la teoría de eficiencia administrativa, especialmente al eliminarse a los consejos de administración numerosos y llenándose el vacío legal que existía respecto del mínimo en su integración, así como también, conservándose el carácter colegial del mencionado órgano.

De igual forma, se introduce en la LIC una nueva manera de conformar al consejo de administración con la figura de los consejeros independientes (propietarios y suplentes), mismos que son un factor de gran importancia para la mejor administración de la organización, al preverse en el artículo 22, segundo párrafo, que cuando menos el 25% del consejo de administración deberán ser independientes.

Con lo anterior, se introduce en la Ley, mediante una verdadera interpretación auténtica, lo que se deberá entender por consejero independiente, esto es, la persona que sea ajena a la administración de la institución de banca múltiple respectiva, y que reúna los requisitos y condiciones que determine la CNBV mediante disposiciones de carácter general.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la referida reforma a la LIC, estos consejeros independientes tienen la finalidad de "fomentar una cultura de mayor responsabilidad, objetividad y profesionalismo" en las decisiones del consejo de administración, especialmente para que se introduzca en el seno del mismo visiones diferentes a la del grupo.

Por otro lado, con la referida reforma a nuestra legislación bancaria desaparece la regla especial que existía en el artículo 22, segundo párrafo de la LIC, respecto a la protección de las minorías (éste artículo establecía que los accionistas que representaban cuando menos un 10% del capital pagado ordinario, tenían derecho a designar un consejero) para nombrar consejero, por lo que a nuestro juicio, se deberá aplicar de forma supletoria la regla general que señala el artículo 144 de la LGSM, en donde se prevé que cuando los administradores sean dos o tres y se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores -como en la especie-, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación de cuando menos un consejero, previéndose en todo caso que la minoría represente un porcentaje del 10% del capital social. En el supuesto que la sociedad no tenga inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores, este porcentaje aumenta a un 25% del mencionado capital social.

Adicionalmente, se establece en el artículo 23, segundo párrafo de la LIC, la obligación de los consejeros de abstenerse expresamente de participar en la deliberación y votación de cualquier asunto que implique para ellos un conflicto de interés, manteniendo, en todo caso, la confidencialidad respecto de todos aquellos actos, hechos o acontecimientos relativos a la institución de banca múltiple de que sea consejero.

Además, se plantean, en el artículo 16 BIS de la LIC, mejoras a la revelación de información a accionistas, en específico respecto a la celebración de asambleas, en tanto se establecen requisitos de la orden del día y se plantea la eliminación del rubro de asuntos varios.

Por último, se plantean reglas generales respecto a la periodicidad que tendrá el consejo de administración de reunirse, siendo éste en su forma ordinaria, por lo menos trimestralmente. Tratándose de reuniones extraordinarias será convocado por el Presidente del consejo (se elimina la forma de elegirse al Presidente del consejo de administración), al menos el 25% de los consejeros, o cualquiera de los comisarios.

En cuanto a la asistencia de consejeros para celebrar sesiones ordinarias o extraordinarias, según el artículo 22 de la LIC, se deberá contar con la asistencia de cuando menos el 51% de los consejeros, de los cuales por lo menos uno deberá ser consejero independiente. Se conserva el principio de que el Presidente del consejo tendrá voto de calidad en caso de empate.

C.2. Requisitos y prohibiciones para el nombramiento de consejeros.-

El artículo 23 primer párrafo de la LIC, junto con las *Reglas generales para la integración de expedientes que contengan la información que acredite el cumplimiento de los requisitos que deben*

satisfacer las personas que desempeñen empleos, cargos o comisiones en entidades financieras publicadas en el DOF el día 1 de marzo del 2002, exigen que los nombramientos de los consejeros recaigan "en personas que cuenten con calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio, así como amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa".

Tratándose de los consejeros independientes, según el artículo 22 segundo párrafo de la LIC, señala los requisitos que deberán cumplir. Al respecto y según la norma general prevista en la LIC, en ningún caso podrán ser empleados o accionistas de la institución; accionistas que sin ser empleados o directivos del banco, tengan poder de mando sobre los directivos; socios o empleados de sociedades o asociaciones que presten servicios de asesoría o consultoría a la institución o a las empresas que pertenezcan al mismo grupo económico del cual forma parte éste, cuyos ingresos representen el 10% o más de sus ingresos; clientes, proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una sociedad que sea cliente, proveedor, deudor o acreedor importante de la institución (se considera que un cliente o proveedor es importante cuando los servicios que le preste la institución o las ventas que le haga a ésta, representan más del 10% de los servicios o ventas totales del cliente o del proveedor, respectivamente). Asimismo, se considera que un deudor o acreedor es importante cuando el importe del crédito es mayor al 15% de los activos de la institución o de su contraparte); empleados de una fundación, asociación o sociedades civiles que reciban donativos importantes de la institución; directores generales o directivos de alto nivel de una sociedad en cuyo consejo de administración participe el director general o un directivo de alto nivel de la institución; cónyuges o concubenarios, así como los parientes por consanguinidad, afinidad o civil hasta el primer grado respecto de alguna de las personas mencionadas en las fracciones III a VI del mencionado artículo, o bien, hasta el tercer grado, en relación con las señaladas en las fracciones I, II y VIII, del mismo artículo; quienes hayan ocupado un cargo de dirección o administrativo en la institución o en el grupo financiero al que, en su caso, pertenezca la propia institución, durante el año anterior al momento en que se pretenda hacer designación.

Si se parte del principio que las funciones que desempeñan los consejeros son de trascendental importancia para las instituciones de banca múltiple en cuanto a que ellos se encargan de tomar las decisiones más relevantes, el legislador, al señalar un mínimo de requisitos en las cualidades de los consejeros, ponderó la calidad técnica, honorabilidad, historia crediticia satisfactorio y los amplios conocimientos y experiencia, en materia financiera, legal o administrativa, como aspectos fundamentales y característicos de los funcionarios de primer nivel de la entidad.

Al respecto, existen dos tipos de requisitos, uno de apreciación subjetiva, como es la honorabilidad; y otros de carácter objetivo, que son la calidad técnica, el historial crediticio

satisfactorio, así como los amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.

En este sentido, respecto a la honorabilidad y de acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, se entiendo por ésta: "una cualidad de las personas honorables", esto es, "digna de ser honrado o acatado", que procede con honradez, es decir, persona que tiene una "rectitud de ánimo, integridad en el obrar"³⁰, de ahí que en la mayoría de los casos, no resulta fácil apreciar esta cualidad, ya que al efecto se deberá de partir de la presunción de que todas las personas son honorables hasta que se demuestre lo contrario; pero el problema no radica ahí, sino al momento en que nuestra ley plantea como requisito la "honorabilidad", aspecto difícil de evaluar, sobre todo porque este examen está a cargo de la autoridad, circunstancia que propicia abusos y corruptelas de quienes califican este hecho, existiendo con ello una evaluación estrictamente subjetiva. Con la reforma del 4 de junio del 2001 a la LIC, se suprimió el requisito de "reconocida honorabilidad" aspecto que a nuestro juicio volvió más laxa la norma, especialmente al considerarse con ello que ya no es necesario que la autoridad haya realizado el examen cuidadoso de tal identidad, naturaleza o circunstancia, sino que basta tal característica. No obstante, la CNBV mediante las *Reglas generales para la integración de los expedientes que contengan la información que acredite el cumplimiento de los requisitos que deben satisfacer las personas que desempeñen empleos, cargos o comisiones en las entidades financieras* establece al efecto en la Regla SEXTA que ésta "podrá considerar" (potestativo) que las personas en cuestión: (i) no hayan sido condenadas por sentencia irrevocable por delito doloso que les impongan pena por más de un año de prisión. Tratándose de delitos patrimoniales dolosos, cualquiera que haya sido la pena; (ii) no se encuentren al momento de la designación, inhabilitadas o suspendidas administrativamente o, en su caso, penalmente, para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o en el sistema financiero mexicano; (iii) "cuenten con buena fama pública", la que, "entre otros" (no se especifican), podrá acreditarse con "cartas de recomendación expedidas por personas físicas o morales".

Por lo que respecta a la calidad técnica, historial crediticio satisfactorio, así como los amplios conocimiento y experiencia en materia financiera, legal o administrativa, se trata de una evaluación objetiva en cuanto a la capacidad que tiene la autoridad de juzgar estos elementos a través de los estudios, formación y números de años que tenga el funcionario en materias financiera, legal o administrativa. Sin embargo, el conocimiento y la experiencia en los ámbitos financieros, legales y administrativos deberían ser tomados de manera conjunta y no separadamente, ya que la experiencia y el conocimiento en alguna de esas funciones, *per se*, no corresponde con la intención del legislador en otorgar estos cargos a personas idóneas,

³⁰ Real Academia Española. *Op. Cit.* pág. 1121.

especialmente cuando se observa que cada una de esas disciplinas están inmersas en áreas del conocimiento sumamente particulares. Además, resulta novedoso que el legislador haya incluido el conocimiento legal, la calidad técnica y el historial crediticio satisfactorio a los miembros del consejo de administración, características que en nuestra opinión refuerza la intención de dotar a este órgano una mejor composición.

El último párrafo señala que la "mayoría de los consejeros deberán ser mexicanos o extranjeros residentes en el territorio nacional." Aquí se encuentra un imperativo tendiente a conservar la administración en manos de personas que tengan, en principio, contacto directo con la realidad nacional.

En lo que se refiere a las prohibiciones para ser miembro del consejo de administración, se enumeran (artículo 23 de la LIC) aquellas tendientes a mantener y garantizar la independencia, por razones personales, profesionales y económicas, de los consejeros en el cumplimiento de sus obligaciones.

C.3. Director General.-

Como se señaló en el apartado C, la administración de la Institución de banca múltiple recaerá sobre un consejo de administración y un director general.

Por lo que respecta al director general, éste constituye un administrador ejecutivo³¹ (con base al artículo 309 del CCM, se trata de un factor, esto es, quiénes tienen la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos) nombrado por el consejo de administración para operar a la institución de banca múltiple con base en las decisiones tomadas por el consejo de administración. De tal forma, que entiendo por director general de una institución de crédito de banca múltiple, aquella persona física encargada del gobierno, manejo y representación legal del banco.

La LIC es omisa en cuanto al procedimiento de designación de este funcionario, por lo que se deberá acudir de manera supletoria a lo que dispone la LGSM en su artículo 145, al darle facultad a la asamblea general de accionistas y al consejo de administración (indistintamente), de nombrar uno o varios gerentes generales o especiales (expresión sinónima de la de director

³¹ *Idem.* pág. 473.

general y que el CCM denomina factor en el artículo 309), mismo que puede ser revocado libremente por la una o por el otro.

Las cualidades que debe reunir el director general están enumeradas en el artículo 24 de la LIC. Se deberán considerar las reglas contenidas en las *Reglas generales para la integración de expedientes que contengan la información que acredite el cumplimiento de los requisitos que deben satisfacer las personas que desempeñen empleos, cargos o comisiones en entidades financieras.*

De acuerdo a la nueva reforma, se señala que el nombramiento del director general y de los funcionarios que ocupen cargos con las dos jerarquías inmediatas inferiores a éste "deberán recaer en personas que cuenten con elegibilidad crediticia y honorabilidad". Se aprecia nuevamente el afán del legislador en introducir aspectos subjetivos de evaluación -por lo que se refiere a la honorabilidad-, aún cuando es laudable el espíritu de la ley en pretender confiar a personas idóneas este tipo de cargos.

No obstante, con la reforma de este artículo se suprimió el requisito relativo a "la reconocida calidad moral" que debía tener el director general de la institución de banca múltiple, homologándolo actualmente por el de "honorabilidad" que deberán tener los consejeros. En este sentido, esta disposición sufrió un retroceso al suprimir lo concerniente a la "reconocida calidad moral", ya que, si se observa la amplia definición de moral, esto es, "lo perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia"³², se observa que ésta "mira la bondad o maldad de un comportamiento en cuanto al cumplimiento de su destinación, en cuanto a la realización de los valores más altos que deben orientar su existencia"³³. Por lo tanto, resulta interesante observar cómo el legislador apeló, en su momento, a exigir de este tipo de personas un comportamiento guiado por principios y valores supremos. Todo indica que mediante la actual reforma ya no es necesario este tipo de conducta debida, sin embargo, existe un *Código de Ética de los Consejeros, Funcionarios y Empleados Bancarios* expedido por la Asociación de Banqueros de México, A.C., que viene siendo como un "Manual de Buena Conducta" o especie de "Decálogo" del funcionario bancario en donde sustentan su actuar con este tipo de principios. En todo caso y en cuanto a lo que significa su evaluación, nos remitimos al comentario expresado en el apartado anterior respecto de la "reconocida honorabilidad".

Asimismo, se establece en el artículo 24 de la LIC, que el director general de la institución de banca múltiple deberá reunir, entre otros, algunos requisitos especiales, mismos que no están contemplados para los consejeros, por lo que, en este sentido la ley atiende a restringir y evaluar de una manera más objetiva las cualidades personales e institucionales de los funcionarios en

³² Real Academia Española. *Op. Cit.* pág. 1400.

cuestión. Me refiero principalmente a un mínimo de experiencia de cinco años en niveles de alta dirección en materias financieras y administrativas (aquí deben ser conjuntas) como aspectos personales; y en cuanto a la cualidad institucional, al hecho que estos funcionarios no estén realizando funciones de regulación de las instituciones de crédito, es decir, no sean juez y parte en el objeto de sus actividades.

Por último, se introdujo en la LIC el artículo 24 Bis, el cual, señala, a cargo de la institución de banca múltiple, la obligación de verificar los requisitos mencionados, e informar a la CNBV, dentro de los cinco días hábiles posteriores a la de cualquier designación, de todo nombramiento de consejeros, director general y funcionarios con las dos jerarquías inmediatas inferiores a la del director general; así también, se introdujo la facultad de la CNBV de establecer mediante la expedición de disposiciones de carácter general, los criterios a través de los cuales se deberán integrar los expedientes que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados, mismas que fueron publicadas en el DOF el pasado 1 de marzo del año 2002.

D. Vigilancia.-

De acuerdo al artículo 164 de la LGSM, la vigilancia interna en el desempeño de las sociedades anónimas corresponde a uno o varios comisarios, temporales y revocables, los cuales, constituyen un órgano necesario para la sociedad, ya que en lo general, tienen la obligación de "vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad" (artículo 166, fracción IX).

En el ámbito general del derecho societario, la mencionada ley no establece respecto de los comisarios que el cargo sea personal, ni prohíbe que sea desempeñado por medio de representante, lo que significa que podrá recaer sobre personas morales, aspecto de notoria importancia, ya que nos permite, tratándose de las instituciones de banca múltiple en lo específico, considerar la posibilidad de encargar esta función a sociedades especializadas en el ámbito de vigilancia.

De acuerdo al artículo 6 de la LIC y toda vez que la LIC es omisa, se aplicará supletoriamente, en lo no previsto, el régimen normativo de la Sección Cuarta, del Capítulo V de la LGSM, que lleva por título "De la vigilancia de la sociedad".

³³ Recasens Siches, Luis: *Introducción al Estudio del Derecho*, Novena edición, Editorial Porrúa, México, 1991, pág. 85.

De igual forma, se aplicará para los comisarios lo relativo al derecho que tiene la minoría de nombrar a un comisario, así como lo previsto, entre otros, en los artículos 154 (continuación del ejercicio en sus cargos mientras no hayan nuevos nombramientos o no tomen los nuevos posesión del cargo), 160, 161, 162 y 163 (régimen de responsabilidad solidaria) todos de la LGSM.

Tratándose de instituciones de banca múltiple, el artículo 26 de la LIC señala que el órgano de vigilancia estará integrado "por lo menos por un comisario designado por los accionistas de la serie "O" y, en su caso, un comisario nombrado por los de la serie "L", así como sus respectivos suplentes", y de acuerdo a la LGSM en lo relativo al nombramiento de los mismos en asamblea general ordinaria.

Sin que exista disposición legal expresa en la LIC respecto a si el órgano interno de vigilancia de los bancos, para el caso de que sean nombrados tres o más comisarios, formaría un cuerpo colegiado, señalamos que, aplicando supletoriamente las disposiciones del derecho societario, el artículo 170 de la LGSM prevé que los comisarios "serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen", por lo que se niega la constitución de un consejo de comisarios.

Asimismo, la legislación bancaria regula de una manera muy tenue lo relativo a la vigilancia interna de las instituciones de banca múltiple, por lo tanto, consideramos la necesidad de que se revise por el legislador ampliamente esta figura jurídica, especialmente cuando en la actualidad existe la tendencia a fortalecer los mecanismos de autorregulación bancaria (sobre esta tendencia y lo concerniente a este tipo de mecanismos se abordará en el capítulo tercero del presente trabajo). El maestro Mantilla Molina considera que tal y como está organizado en la LGSM, el comisario es una "institución inútil", especialmente por el procedimiento de designación, por lo que sugiere una regulación sobre bases que garanticen su eficaz funcionamiento³⁴. Comparto la opinión anterior, ya que la institución del comisario goza de ineficacia, especialmente por los mecanismos de verificación de dicha actividad. En lo que respecta a las instituciones de banca múltiple, la figura jurídica del comisario podría -en caso de una adecuada regulación- satisfacer el espíritu de la ley y estar en correspondencia con la tendencia a una eficaz autorregulación.

³⁴ Cfr. Mantilla Molina. *Op. Cit.* pág. 437.

E. Operaciones Bancarias.-

La actuación de los bancos en su labor de intermediación se cumple con la realización de multitud de negocios de muy diversas índole, a los cuales, se les denomina tradicionalmente como operaciones.

Se define operación como: "acción y efecto de operar. Ejecución de una cosa". Y operar, según el mismo, es "obrar, trabajar, ejecutar diversos menesteres u ocupaciones"³⁵. De ahí, que pueda deducirse válidamente que operación es una forma concreta de actuación de alguien, es decir, lo que alguien hace o lleve a cabo. De tal forma, que la operación bancaria, en un sentido genérico, será la realización o ejecución de todo lo que hagan los bancos.

Asimismo, en la literatura jurídica se encuentra de manera constante el término de "operaciones bancarias", las cuales, a la luz de nuestra LIC en su artículo 2, se denominan como "operaciones de banca y crédito".

Para entender a las operaciones bancarias y la clasificación que de ellas hace la legislación en el Título Tercero de la LIC, debemos primero distinguirlas de las operaciones de crédito en *stricto sensu*.

Determinar el concepto de operación de crédito en sentido estricto y al negocio jurídico que a dicho concepto corresponde, tiene como presupuesto entender el significado jurídico de la palabra "crédito".

Según el punto de vista que se adopte, corresponderá el sentido de la palabra crédito. El más generalizado tiene una connotación moral, sobre todo, cuando se acepta como la buena reputación de que goza una persona o la consideración favorable en que es tenida en un ambiente social determinado, o bien, por la puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

Desde un punto de vista genérico, crédito (del latín *credere*) significa confianza, por lo cual, en todo negocio en donde intervenga el crédito, debe haber confianza; aunque jurídicamente crédito no es sinónimo de confianza³⁶.

En sentido estrictamente jurídico, crédito es: "el derecho subjetivo que deriva de cualquiera relación obligatoria, y se contrapone al 'débito' que incumbe al sujeto pasivo de la relación"³⁷, esto

³⁵ Real Academia Española, *Op. Cit.* pág. 1479.

³⁶ Cf. Cervantes Ahumada, Raúl: *Títulos y operaciones de crédito*, Decimocuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 207.

es, el derecho personal visto desde la óptica del lado activo o del acreedor, y aunque al derecho de crédito puede no corresponder una operación económica de crédito, siempre que exista una operación de crédito, habrá un derecho de crédito; por lo tanto, en un sentido jurídico-económico, "habrá un negocio de crédito cuando el sujeto activo traslada al deudor, un valor económico actual, con la obligación del acreditado, -o deudor- de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en el plazo convenido"³⁷. Además, Cervantes Ahumada agrega que el término "negocio de crédito" es más apropiado que el de "operación de crédito", sobre todo, para la LGTOC, en donde impropriamente se utiliza el término "operación de crédito", ya que existen algunos negocios jurídicos regulados en la ley en los que no se da el fenómeno del crédito, tales como el fideicomiso.

De lo anterior, se encuentra el elemento que delimita al concepto crédito en el ámbito de lo jurídico. Me refiero al plazo, esto es, el diferimiento de la prestación a cargo del deudor, ya que precisamente el crédito faculta al acreditado a prolongar el uso de los bienes objeto del mismo en el tiempo.

Hay dos aspectos en el crédito que se entrelazan íntimamente, estos son, la confianza en la capacidad de contratación y la transmisión actual de dominio a cambio de una contrapartida diferida en el tiempo. En esto, cabe hacer una precisión, no se trata, según el jurista italiano Paolo Greco, de una "contraprestación". En efecto, según él, considera que el elemento "contrapartida"³⁸ en las "operaciones de crédito" excluye la transferencia de propiedad a título gratuito, esto es, que en las operaciones de crédito no pueden darse operaciones de crédito a título gratuito (verbigracia mutuo gratuito), en contraposición a las "operaciones de cambio" en donde sí vale la "contraprestación". Cambio significa, en su sentido jurídico, que entre dos personas, una recibe de la otra una utilidad que se presenta siempre en función de una utilidad correlativa.

Una vez precisados el concepto de crédito en sentido jurídico y el negocio de crédito u operación de crédito en *stricto sensu*, esto es, el negocio jurídico en que el crédito existe, nos resta puntualizar que por tradición y especialmente por razones prácticas, el término operación de crédito se ha extendido al campo de aquellos negocios que, si bien no son estrictamente crediticios, tienen relación normal con los negocios de crédito, debiéndose esto principalmente a los sujetos que participan en el negocio. Lo mismo sucede con las llamadas operaciones bancarias, mismas que se califican de tales por ser realizadas por los bancos, y especialmente porque la actividad fundamental, principal y esencial, que celebran las instituciones de crédito consiste en el otorgamiento de crédito.⁴⁰

³⁷ Greco, Paolo: *Curso de Derecho Bancario*, Editorial Jus, México, 1945, pág. 22.

³⁸ Cervantes Ahumada. *Op. Cit.* pág. 208.

³⁹ Greco, Paolo. *Op. Cit.* pág. 24.

⁴⁰ Cfr. Carvallo Yáñez, Erick. *Op. Cit.* pág. 41.

Coincido con el maestro Raúl Cervantes Ahumada cuando expresamente señala que: "no puede decirse que existan jurídicamente las operaciones bancarias"⁴¹ ya que tales operaciones consisten en negocios de tipo general, esto es, que pueden ser realizados por cualquier persona, y que se califican de bancarias por el sujeto que los realiza, es decir, los bancos. En apoyo de la idea anterior, existe un criterio jurisprudencial⁴² que establece:

BANCOS, OPERACIONES CELEBRADAS POR LOS.-

Las operaciones bancarias son todas aquellas que los bancos realicen por razón de su institución, o sea, en el terreno de la especulación en que su respectiva concesión los autoriza para actuar y, por tanto, comprenden todos aquellos negocios que el banco hace con el objeto directo de obtener utilidad en uso y ejercicio del crédito, por consiguiente, el simple hecho de ser monetaria y en favor de un banco, coloca a la obligación contraída, por un particular con él, en la calidad de operación bancaria y, por ende, de acto de comercio, sin necesidad de esclarecer su naturaleza específica de préstamo, descuento, etc., y si por haber operaciones realizadas por los bancos, que no son mercantiles, como las que desarrollan para estar en condiciones de desenvolver su empresa, las partes sostienen que la obligación pactada no es mercantil, tal afirmación debe ser probada por quien la hace.

Precedentes: Tomo LXIV. Ochoa Rafael, Suc. De. Pág. 2341. 9 de mayo de 1941. Mayoría de tres votos. Tomo LXIV, Pág. 2341.

De la observación de este criterio de jurisprudencia, se aprecia una interpretación subjetiva de las operaciones bancarias, al señalar dos presupuestos que deben reunir para denominarse como tales: (i) ser monetaria y, (ii) en favor de un banco. Así las cosas, no se precisa señalar su naturaleza específica. Incluso, Cervantes Ahumada considera para los negocios u operaciones que por disposición legal están reservadas a los bancos (aun cuando no siempre ni en todas las legislaciones ha sido así), en cuanto acto de comercio, un distingo que obedece esencialmente a un criterio subjetivo⁴³.

En la doctrina jurídica existen dos sistemas para determinar a los actos de comercio: el subjetivo y el objetivo. Según el primero, un acto será mercantil cuando lo ejecute un comerciante, esto es, la calidad de sujeto determina el carácter mercantil del acto; de acuerdo con el sistema objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus caracteres intrínsecos, independiente del sujeto que los realice.

⁴¹ Cervantes Ahumada, Raúl. *Op. Cit.* pág. 209.

⁴² Publicada en la pág. 2341 del Semanario Judicial de la Federación. 5ta. Época.- Tomo LXIV.- Instancia: Tercera Sala.

⁴³ Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl. *Op. Cit.* pág. 209.

Como se advirtió con anterioridad, la LIC en su artículo 2, al señalar expresamente qué se debe entender por "servicio de banca y crédito" y qué no se debe considerar por "operaciones de banca y crédito", se infiere lógicamente que para el ordenamiento legal ambos términos son sinónimos.

A continuación, se analizará el concepto legal de servicio de banca y crédito a la luz del artículo 2 de la LIC, y posteriormente la clasificación legal de las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito de banca múltiple.

El servicio de banca y crédito supone la captación de recursos en el mercado nacional para su colocación, lo cual, significa que los bancos pueden recibir dinero del público de manera directa e indirecta. Una vez que se recibió el dinero, se puede llevar a cabo la colocación e inversión de esos mismos recursos entre el público. Esto permite concluir que los recursos captados por las instituciones de crédito provienen del público ahorrador o inversionistas 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.

En este sentido, se establece que la captación la llevan a cabo las instituciones de crédito a través de actos causantes de pasivo directo o contingente.

El hecho que la ley mencione que las operaciones de captación se lleven a través de actos, es porque supone la realización de actos jurídicos que tienen como finalidad, crear consecuencias en el mundo del derecho.

Por otro lado, los actos jurídicos mediante los cuales los bancos realizan la captación de dinero, generan dentro de su contabilidad un pasivo (se registra en el pasivo del Estado de Contabilidad del banco o en el deber), que jurídicamente corresponde con una obligación de dar frente al ahorrador o inversionista. De acuerdo a esta disposición legal, el pasivo que se genera con motivo de la captación puede ser de dos tipos: pasivo directo o pasivo contingente.

En un sentido jurídico, se entiende por pasivo directo la obligación adquirida por la institución de crédito frente al depositante o inversionista, en la captación de los recursos, "sujetas a

un plazo, o bien, que el intermediario tenga la certeza de que el cumplimiento de la misma debe verificarse en un momento determinado⁴⁴.

Por lo que respecta a la expresión de pasivo contingente, se deberá precisar el significado de la palabra contingente en el contexto de la disposición legal referida. De acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, contingencia es la "posibilidad de que una cosa suceda o no suceda"⁴⁵, por lo tanto, el pasivo contingente es aquella obligación adquirida por la institución de crédito frente a un tercero por cuenta de un cliente determinado y cuyo cumplimiento por parte del banco se encuentra sujeto a una condición suspensiva, es decir, a un acontecimiento futuro de realización incierta.

El criterio de distinción entre los dos tipos de obligaciones, las de pasivo directo y las de pasivo contingente, tiene como base el que esté sujeta a término (plazo), como en el caso de las primeras, o bien, sujetas a condición (suspensiva), como las de pasivo contingente. Por último, debemos señalar respecto a las obligaciones con el carácter de pasivos contingentes, que si bien se registran como un pasivo de la sociedad, éste no se ubica en las cuentas del pasivo, sino que el registro se da en lo que se denomina cuentas de orden o de pasivo eventual (en contabilidad se denominan *cuentas* a los "documentos en los cuales se describe la historia de cada uno de los renglones del Balance"⁴⁶).

En el artículo 2 de la citada ley, se establece que el intermediario queda obligado a cubrir el principal y los accesorios de los recursos captados, lo que significa, que el banco debe restituir la suma de los bienes recibidos más los intereses (se entiende por interés a la ganancia, utilidad o renta que produce un capital que se invierte, coloca o presta durante un cierto tiempo) que se hayan pactado.

Asimismo, en virtud de las operaciones de colocación se configura el otro aspecto del quehacer bancario, esto es, los clientes deben pagar al banco los préstamos o créditos, así como los intereses pactados en el contrato correspondiente, operaciones de préstamo o crédito que generan un activo en la contabilidad del banco y que jurídicamente se traduce en un derecho para el banco y una obligación para los clientes (se registran en el haber del banco o como un activo en el Balance contable).

⁴⁴ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo: *Lecciones de Derecho Bancario*, Textos jurídicos Bancomer, México, 1997, pág. 30.

⁴⁵ Real Academia Española. *Op. Cit.* pág. 554.

⁴⁶ Prieto, Alejandro: *Principios de Contabilidad*, Vigésima primera edición, Editorial Banca y Comercio, México, 1997. pág.59.

Ahora bien, de la relación de los dos aspectos del quehacer bancario señalado en el artículo 2 de la LIC, es decir, la captación y colocación de recursos monetarios, surge el carácter lucrativo del negocio bancario.

En efecto, los intermediarios bancarios al captar los recursos del público ahorrador o inversionista pagan a éstos una tasa de interés menor (tasa pasiva), a la tasa de interés (tasa activa) que cobran a otras personas a quienes les otorgan crédito, con lo cual, los bancos obtienen un margen financiero (utilidad bruta) al que se le deben de restar los gastos administrativos que realizan, o sea, el costo que significa para ellos la captación y colocación de los recursos, así como otro tipo de gastos y pago de impuestos, constituyendo la diferencia, en términos muy generales, la utilidad neta para las instituciones de crédito.

De lo anterior, se desprende que la rentabilidad de una entidad financiera con estas características, requiere que el diferencial entre la tasa pasiva y activa sea superior al costo de captación, gastos de administración e impuestos, de tal manera, que el banco reporte una ganancia real, aunque para algunos autores este diferencial sea "verdaderamente leonino"⁴⁷.

Una vez que se ha precisado el concepto legal de servicio de banca y crédito, procederemos a la clasificación legal de las operaciones jurídicas que realizan las instituciones de crédito de banca múltiple a la luz del Título Tercero de la LIC y de la compilación que de las mismas, en su aspecto operativo, ha realizado el BANXICO en la *Circular 2019/95*, del 20 de septiembre de 1995.

Si se considera que toda clasificación es arbitraria, ésta, desde el punto de vista jurídico debe responder a algún criterio específico. Con base en lo expuesto, se afirma que la legislación bancaria, al clasificar a las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito en pasivas, activas y de servicio, atiende a un criterio jurídico-contable, sobre todo, porque parte de la óptica del tipo de obligación adquirida por la institución de crédito en cuanto al registro contable que deberá realizar.

No obstante, la tripartita clasificación que nuestro ordenamiento jurídico realiza de las operaciones que llevan a cabo los bancos no debe tomarse con mucha rigidez, ya que por la naturaleza y complejidad de algunas, bien pueden ubicarse dentro de una u otra clasificación. Lo anterior, especialmente por el desarrollo que ha tenido la actividad bancaria en los mercados financieros internacionales y por la continua evolución de los instrumentos financieros, y también, el impacto tecnológico en los mismos.

⁴⁷ Carvallo Yáñez, Erick. *Op. Cit.* pág. 46.

De lo anterior, se aprecia que algunas de las operaciones que realizan los bancos no corresponden, verbigracia, estrictamente a la definición tradicional de la función bancaria y a su correspondiente clasificación; tal es el caso de las operaciones de factoraje financiero, y de ciertas operaciones cambiarias con monedas extranjeras, como son las coberturas cambiarias, o bien, las operaciones financieras (se conocen también como instrumentos financieros) conocidas como derivadas (operaciones de reciente inclusión en la LIC mediante reforma al artículo 46 publicada en el DOF el 4 de junio del 2001), las cuales, son "mecanismos que permiten a los agentes financieros protegerse o cubrirse frente a determinados riesgos o bien realizar operaciones de arbitraje o especulación, tales como el Forward, Swaps, Futuros"⁴⁸.

E.1. Operaciones Pasivas.-

Se denomina operación pasiva al convenio bilateral que se establece entre un acreedor (cliente) y un deudor (banco), trasladando el primero la propiedad del dinero y el segundo, la disponibilidad del mismo, obligándose a restituir el débito más el pago de un interés al acreedor.

Mediante este tipo de operaciones, las instituciones de banca múltiple captan recursos a través de los depósitos e inversiones que reciben del público en sus diversas modalidades; los financiamientos provenientes de otras entidades financieras; las obligaciones contraídas por la emisión y colocación de valores, y algunos otros pasivos que resultan como consecuencia de la operación de los servicios bancarios.

Para garantizar la solvencia de este tipo de entidades financieras y proteger los depósitos del público ahorrador, la LIC, en su artículo 50, exige que los bancos mantengan un nivel de capital neto que corresponda a la relación que guarde con los riesgos de mercado, de crédito y otros en que incurran en sus operaciones las entidades financieras, mismo que no puede ser inferior a la cantidad que resulte de sumar los requerimientos de capital por cada tipo de riesgos. Así mismo, al realizar sus operaciones las entidades financieras deberán diversificar sus riesgos mediante reglas de carácter general que determine la CNBV (anteriormente ésta facultad estaba a cargo de la SHCP), según lo establece el artículo 51 de la LIC.

Por último, con el objeto de proveer un sistema de protección al ahorro bancario que garantice ciertas operaciones, se expidió la LPAB, publicada en el DOF el día 19 de enero de 1999,

⁴⁸ De la Fuente Rodríguez, *Traído de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.*, pág. 350. Para una mayor comprensión de estos tipos de instrumentos financieros, véase a Catherine Mansell Carstens: *Las Nuevas Finanzas en México*, Editorial Milenio, IMEF, ITAM, México, 1992.

configurándose en el ordenamiento legal con mayor precisión y claridad el sistema de garantía a los depósitos. Las operaciones protegidas son, con base al artículo 6 de la LPAB, las referidas en las fracciones I y II del artículo 46 de la LIC (denominadas "operaciones garantizadas") y hasta por un saldo, según el artículo 11 de la LPAB, considerando el monto del principal y accesorios, equivalente a 400,000 unidades de inversión (UDIS) por persona, física o moral, cualquiera que sea el número y clase de las obligaciones a su favor y a cargo de una misma institución.

Ahora bien, para efectos de la finalidad que se persigue en el presente trabajo y dadas las limitaciones de su contenido, a continuación mencionaremos sólo las operaciones que se refieren principalmente a la captación de recursos u operaciones pasivas a la luz del artículo 46 de la LIC y de la *Circular 2019/95* del BANXICO:

1.- Recibir depósitos bancarios de dinero:

1.1.- A la vista.

1.1.1.- Depósitos con chequera.

1.1.1.1.- En moneda nacional.

1.1.1.2.- En dólares de los E.E.U.U.

1.1.2.- Depósitos sin chequera.

1.1.3.- Depósitos en cuenta corriente asociados a tarjetas de débito o de crédito.

1.1.4.- Cuentas personales especiales de ahorro.

1.2.- Retirables en días preestablecidos.

1.3.- De ahorro.

1.4.- A plazo o con previo aviso.

1.4.1.- Relacionadas con operaciones financieras conocidas como derivadas.

1.4.2.- Pagaderos sobre el exterior.

2.- Aceptar préstamos y créditos.

2.1.- Préstamos documentados en Pagarés con rendimiento liquidable al vencimiento.

3.- Emitir bonos bancarios.

4.- Emitir obligaciones subordinadas.

5.- Aceptaciones bancarias.

6.- Papel comercial con aval bancario.

E.2. Operaciones Activas.-

Por lo que respecta a este tipo de operaciones, entiendo por operación activa al convenio que se establece bilateralmente entre un acreedor (el banco), quien se compromete a otorgar un crédito o préstamo, y un deudor (el cliente), persona física o moral que lo recibe con base en la confianza y atributos de reputación y solvencia que satisfagan las exigencias del acreedor, el cual, recibirá a cambio, después de un plazo, la suma que prestó más un interés.

En este sentido, las operaciones activas de los bancos son todas aquellas que representan las inversiones que hayan llevado a cabo con los recursos ajenos captados del público o provenientes de financiamientos.

Respecto a las operaciones activas, cabe destacar lo prescrito en el artículo 65 de la LIC, el cual, fija el criterio mínimo y legal que "deberán" (se infiere la obligatoriedad, por lo que el cumplimiento de dicho precepto no es optativo) seguir los bancos para otorgar financiamiento: estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión; los plazos de recuperación; las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados; la calificación administrativa y moral de éstos; los montos, plazos, regímenes de amortización y periodos de gracia; y además, deben tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y la situación presente y previsible de los acreditados.

El artículo en comento es producto de una reforma que tuvo la LIC, publicada en el DOF el 19 de enero de 1999, la cual, señala que tratándose de reestructuraciones y cuando el acreditado se encuentre en estado de insolvencia o cuando haya acudido a procedimientos concursales, se requerirá para dicha reestructuración la aprobación del consejo de administración con base en un estudio que robustezca la viabilidad del proyecto. Lo mismo se aplicará en caso de otorgamiento de recursos adicionales.

Esta disposición tiende a promover el sano desarrollo de la actividad crediticia de los bancos, a través de medidas prudenciales que fijen lineamientos mínimos para las instituciones de banca múltiple en la determinación de sus estrategias, políticas y procedimientos relativos al otorgamiento, control y recuperación de los financiamientos, así como la evaluación y seguimiento del riesgo crediticio.

Sin embargo, y aun cuando la CNBV "vigilará que las instituciones de crédito observen lo dispuesto en el presente artículo", existe, respecto a este artículo 65 de la LIC, una Tesis

Jurisprudencial número 52/1998 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁹, que establece:

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que éstas tienen la obligación de que, previo al otorgamiento de financiamientos, realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Asimismo, el citado precepto señala que los montos, plazos, regímenes de amortización y, en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados. Además, el mencionado dispositivo prevé que la Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el citado artículo. Estos requisitos tienen como finalidad buscar la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones. Ahora bien, a la Comisión Nacional Bancaria corresponde la vigilancia del cumplimiento de la mencionada obligación, entidad a la que los artículos 108, 109 y 110 de la citada ley le conceden facultades sancionadoras de carácter administrativo e, incluso el artículo 112 del cuerpo legal en cita, considera como delictivas algunas de las conductas irregulares en el otorgamiento de los financiamientos; sin embargo, el incumplimiento de la obligación de mérito de ninguna manera incide en los elementos fundamentales del contrato de apertura de crédito, como son el objeto y el consentimiento, traducidos, el primero, en que se ponga a disposición del acreditado una suma de dinero, o se obligue el acreditante a contraer por cuenta del acreditado una obligación, la cual debe restituir a este último en los términos y condiciones pactadas y, el segundo, en el acuerdo coincidente de voluntades sobre este objeto, por lo que carece de trascendencia para la validez del acto jurídico la omisión del indicado estudio. Además, en cualquier caso esta situación perjudicaría a la institución de crédito y no así al deudor, ya que la primera es quien sufriría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del segundo, en cambio, éste de todos modos recibió el beneficio del crédito. Por tanto, no existe razón

⁴⁹ Publicada en la página 378 y siguientes del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VIII, Octubre de 1998.

jurídica alguna para que la omisión de la realización del estudio de viabilidad económica del proyecto respectivo dé lugar a declarar la nulidad del contrato de apertura de crédito.

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Tribunal y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de ocho votos.- Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinoza. El Tribunal pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 52/1998, la tesis jurisprudencial que antecede.- México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Goza de gran relevancia esta resolución de la Corte al fijar un criterio estrictamente legal en cuanto al riesgo asumido por las instituciones de crédito por el incumplimiento de la obligación prescrita en el artículo 65 de la LIC, especialmente a raíz de la crisis bancaria mexicana de 1995 y el potencial incumplimiento de pago de los deudores en las reestructuraciones financieras.

Por último, con base al artículo 51 de la LIC, la obligación a cargo de las instituciones de crédito en "diversificar sus riesgos" al realizar sus operaciones. En este sentido, se modificó el artículo comentado mediante publicación en el DOF del pasado 24 de junio del año 2002 y sustituye como al órgano encargado de determinar las reglas generales a la SHCP por la CNBV con el acuerdo de ésta por parte de la Junta de Gobierno.

A continuación, mencionaré las operaciones activas que pueden realizar los bancos a la luz del artículo 46 de la LIC y de la *Circular 2019/95* del BANXICO:

- 1.- Constituir depósitos en otras instituciones de crédito y entidades financieras del exterior.
- 2.- Efectuar descuentos, otorgar préstamos o créditos.
 - 2.1.- Apertura de crédito simple.
 - 2.2.- Crédito de Habilitación o Avío y Refaccionarios.
 - 2.3.- Crédito comercial documentario.
 - 2.4.- Crédito automotriz.
 - 2.5.- Crédito hipotecario.
 - 2.6.- Crédito con colateral.
 - 2.7.- Crédito prendario.
 - 2.8.- Crédito quirografario.
 - 2.9.- Crédito confirmado.
 - 2.10.- Crédito de descuento.
 - 2.11.- Crédito destinado a la adquisición, construcción o mejora de viviendas.

- 3.- Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.
- 4.- 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 carteras de crédito.

E.3. Operaciones de Servicio.-

En la actualidad, la tendencia de los bancos es no centrar todo su quehacer financiero en la clásica intermediación del crédito, por el contrario, con base en nuevas opciones de negociación rentable, la legislación financiera-bancaria ha ido introduciendo la prestación de servicios bancarios también llamados operaciones de servicio, neutras o de gestión.

Estas operaciones se llevan a cabo a través de convenios que se establecen entre un cliente y un banco, con la obligación del primero de cubrir una cantidad de dinero (comisión) y el segundo, en prestar el servicio determinado, esto es, brindando utilidad o provecho a través de una obligación de hacer. No se trata de operaciones activas ni pasivas, ya que el banco no aparece como acreedor o deudor (en términos estrictos) y se contabiliza este tipo de operaciones en la mayoría de los casos en cuentas de orden y los resultados como utilidades.

Para este tipo de operaciones, la LIC señala el criterio general a seguir, ya que el artículo 77 establece que las instituciones de crédito deben realizar sus operaciones de servicio otorgando seguridad al cliente y una adecuada atención al usuario con apego a las sanas prácticas bancarias.

A continuación, mencionaré las operaciones de servicio que pueden realizar los bancos a la luz del artículo 46 de la LIC y de la *Circular 2019/95* del BANXICO:

- 1.- 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.
- 2.- Operar con documentos mercantiles por cuenta propia.
- 3.- Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisas, incluyendo reportos sobre estas últimas.
- 4.- Prestar servicios de caja de seguridad.
- 5.- Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes.
- 6.- 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.

- 7.- Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles.
- 8.- Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito.
- 9.- Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras.
- 10.- Llevar la contabilidad y los libros de actas y registro de sociedades y empresas.
- 11.- Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias.
- 12.- Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito.
- 13.- Realizar operaciones de reporto y préstamo de valores por cuenta de terceros, sin la intermediación de casas de bolsas (artículo 81 de la LIC).

F. Prohibiciones.-

La vigente LIC en su Título Quinto, que lleva por nombre *De las prohibiciones, sanciones administrativas y delitos*, contiene un primer capítulo relativo a las prohibiciones, un segundo capítulo referente a las sanciones administrativas, y un tercer capítulo dedicado a los delitos.

En este sentido, y con el objeto de lograr un sano y equilibrado desarrollo del servicio de banca y crédito y proveer al sistema bancario de normas que garanticen una adecuada protección de los intereses del público, la LIC en su capítulo I, establece de manera sistemática un régimen general y cerrado de prohibiciones para las instituciones de crédito.

En efecto, con base en la facultad a cargo del Estado de ejercer la rectoría financiera, consagrado en el artículo 1ro. de la LIC, se regula mediante normas de derecho público disposiciones que niegan la facultad de hacer o de omitir un determinado comportamiento. Las normas de derecho público son aquellas que regulan las relaciones jurídicas de supra a subordinación entre el Estado y los particulares, es decir, relaciones jurídicas en las que el Estado interviene investido de su potestad, imperio o autoridad ante el particular, quedando la actividad de éste subordinada a la autoridad que, conforme al derecho, detenta el Estado⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. García Maynez, Eduardo. *Op. Cit.* pág. 134 y 135.

El objeto de las normas prohibitivas en el ámbito bancario es el proceder jurídicamente ilícito (acción u omisión) para la salvaguarda de un bien jurídico supraindividual⁵¹ tutelado por el Estado.

Por la trascendencia que tiene la actividad bancaria en el desarrollo económico de las naciones y el impacto que produce esto en todos los sectores de la vida económica, en el sistema crediticio de una economía de mercado como la de nuestro país se reconoció garantizar la competencia y la lucha contra el abuso de poder económico, mediante normas que distinguen infracciones económico-administrativas y delitos económicos y bancarios.

Por las limitaciones y objeto propios del presente trabajo, me referiré exclusiva y brevemente a las prohibiciones que tienen las instituciones de crédito en el artículo 106 de la LIC, sin entrar al análisis de las sanciones administrativas y a los delitos.

Como se puede observar, las prohibiciones que tienen las instituciones de banca múltiple son disposiciones de carácter prudencial que tienen como propósito, entre otros, salvaguardar y garantizar la imparcialidad de la institución; la eficiencia en el desempeño de sus operaciones; la integridad, solvencia y la estabilidad económica de la actividad bancaria, y así, del sistema bancario en general.

A efecto de corroborar lo expresado en el párrafo anterior y de acuerdo con el artículo 106 de la LIC, las instituciones de crédito tienen las siguientes prohibiciones:

- 1.- Dar en garantía sus propiedades, evitando con ello, la disminución al derecho de propiedad sobre sus activos que les impida guardar un grado de liquidez razonable y les facilite el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, podrán el BANKICO y la CNBV, autorizar excepciones mediante reglas de carácter general con vistas a propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos o para coadyuvar a la estabilidad de las instituciones de crédito.
- 2.- Dar en prenda o caución bursátil los títulos o valores de su cartera, salvo que se trate de operaciones con el BANKICO, con las instituciones de banca de desarrollo, y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal. No obstante, de acuerdo a la *Circular 2019/95*, numeral M.52.53.2., se excluye de la prohibición de dar en prenda los títulos o valores de su cartera, a la garantía por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones financieras conocidas como "derivadas" y que se realicen en

⁵¹ Cfr. Márquez Piñero, Rafael: *Delitos Bancarios*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998. pág. 39.

"Mercados Reconocidos", siempre y cuando, se documenten en los contratos conocidos en el mercado internacional como "*International Foreign Exchange Master Agreement*" (IFEMA), en contratos aprobados por la "*International Swaps and Derivatives Association, Inc.*", o bien, en otros contratos estandarizados autorizados por el BANXICO. El objeto de esta prohibición tiende a evitar una afectación a la solvencia patrimonial de las instituciones de banca múltiple.

3.- Dar en garantía títulos de crédito que emitan, acepten o conserven en tesorería, con el objeto de preservar un nivel de liquidez razonable en los activos de la propia banca múltiple que les permita cumplir sus obligaciones con el público.

4.- Operar directa o indirectamente sobre los títulos representativos de su capital, salvo que se trate de la adquisición transitoria de las acciones representativas de su propio capital, mediante disposiciones de carácter general que expida para el caso la SHCP, o de los apoyos y programas financieros para el saneamiento financiero de las instituciones, según la LPAB; así como otorgar créditos para la adquisición de tales títulos, con el objeto de garantizar una adecuada integración de su capital social.

5.- Celebrar operaciones y otorgar servicios con su clientela en los que se pacten condiciones y términos que se aparten de manera significativa de las condiciones de mercado prevalecientes en el momento de su otorgamiento, de las políticas generales de la institución, y de las sanas prácticas y usos bancarios, con el objeto de preservar la solvencia y evitar prácticas indebidas.

6.- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución sus funcionarios y empleados, salvo que corresponda a prestaciones de carácter laboral otorgadas de manera general; los comisarios propietarios o suplentes; los auditores externos de la institución; o los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas anteriormente señaladas. La SHCP podrá autorizar, excepcionalmente, mediante reglas de carácter general lo dispuesto con anterioridad. Esto ha sido reconocido por la doctrina jurídica y en el ambiente bancario como "operaciones de complacencia", es decir, aquéllas cuyo beneficiario son personas relacionadas directa o indirectamente con los bienes de la institución, rompiéndose de esa forma, la objetividad e imparcialidad como características propias de la actividad financiera.

7.- Aceptar o pagar documentos o certificar cheques en descubierto, salvo en los casos de apertura de crédito, evitando con ello operaciones en contra de las sanas prácticas bancarias y que pongan en riesgo la liquidez de la institución.

8.- Contraer responsabilidades u obligaciones por cuenta de terceros, en donde no tengan como base un crédito concedido, a través del otorgamiento de aceptaciones bancarias, endosos o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito, evitando con ello, prácticas indebidas desde el punto de vista bancario.

9.- Otorgar fianzas o cauciones, salvo cuando no puedan ser atendidas por las instituciones de fianzas, en virtud de su cuantía y previa autorización de la SHCP. Las garantías a que se refiere esta fracción habrán de ser por cantidad determinada y exigirán contragarantía en efectivo o en valores de los que puedan adquirir las instituciones de crédito conforme a la LIC. De esta forma, nuestro ordenamiento positivo separa claramente el ámbito de operaciones autorizadas para las distintas entidades financieras, evitando con ello, entre otros, el riesgo para el público de que los bancos condicionen la venta de fianzas con otras operaciones o servicios que realicen.

10.- Garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los documentos domiciliados, al ceder su domicilio para pagos o notificaciones. Esta disposición deberá hacerse constar en el texto de los documentos en los cuales se exprese el domicilio convencional. El objetivo de esta prohibición es darle una mayor seguridad y sanidad al sistema bancario.

11.- Comerciar con mercancías de cualquier clase, excepto las operaciones con oro, plata y divisas que puedan realizar en los términos de la LIC y de la LBM; preservando de esta manera el cumplimiento del objeto social de la institución al realizar únicamente actividades *ex-leges*.

12.- Participar en sociedades que no sean de responsabilidad limitada y explotar por su cuenta establecimientos mercantiles o industriales o fincas rústicas, sin perjuicio de la facultad de poseer bonos, obligaciones, acciones u otros títulos de dichas empresas conforme a lo previsto en la LIC. La CNBV, podrá autorizar que continúen su explotación, cuando las reciban en pago de créditos o para aseguramiento de los ya concertados, sin exceder los plazos a que se refiere la fracción siguiente. La prohibición de que las instituciones de crédito puedan participar en sociedades que no sean de responsabilidad limitada, tiene como objetivo el evitar que se ponga en riesgo el capital de los bancos en sociedades con responsabilidad ilimitada; de igual forma, debemos partir del principio que las instituciones de crédito tienen como finalidad exclusivamente lo que se establece en su acta constitutiva, por lo tanto, les está prohibido participar en sociedades que les han sido dadas mediante dación en pago por créditos o para aseguramiento de los créditos ya

concertados, ya que ello significaría distraer su función financiera exponiendo la estabilidad y liquidez de la institución. No obstante, la finalidad de dicha prohibición no radica en que las instituciones puedan participar en sociedades que les han sido dadas es pago, puesto que deben venderlas a efecto de recuperar los créditos otorgados y estar de esa forma en condiciones continuar la realización de Intermediación permitida por la Ley.

Asimismo, la prohibición de explotar por su cuenta negocios mercantiles o industriales o fincas rústicas, obedece a razones de índole históricas consagradas en la CPEUM en su artículo 27.

13.- Adquirir directa o indirectamente con recursos provenientes de sus pasivos, títulos, valores, o bienes, de las inversiones con cargo al capital pagado o reservas de capital, que excedan del 60% del importe de las Inversiones en mobiliarios, inmuebles o derechos reales que no sean de garantía de las instituciones de crédito o de las entidades financieras del exterior, o bien, que sean superior al excedente del capital pagado y reservas del capital de la institución sobre el capital mínimo, ni del 50% de dicho capital pagado y reservas de capital. La SHCP podrá autorizar excepciones, mediante reglas de carácter general. Esta prohibición obedece a preservar dentro del sistema bancario un régimen de liquidez en sus operaciones.

14.- Mantener cuentas de cheques a aquellas personas que en el curso de dos meses hayan librado tres o más de dichos documentos, que presentados en tiempo no hubieren sido pagados por falta de fondos disponibles y suficientes, a no ser que esta falta de fondos se deba a causa no imputable al librador, evitando con ello los fraudes y conductas ilícitas.

15.- Pagar anticipadamente, en todo o en parte, obligaciones a su cargo derivadas de depósitos bancarios de dinero, préstamos o créditos. Esta prohibición tiende a darle vigencia al principio de *pacta sunt servanda* en cuanto a cumplir con las obligaciones en los términos y condiciones convenidos. Cabe hacer la mención que esta fracción fue objeto de reforma el pasado 4 de junio del 2001, en donde se modificó el texto con la supresión relativa a los bonos, obligaciones subordinadas y reportos. Ya había habido indicios de una autorización para el pago anticipado de estos actos mercantiles mediante una reforma a la *Circular-Telefax 43/98* de fecha del 14 de septiembre de 1998 expedida por el BANXICO en donde modifica y adiciona a la *Circular 2019/95*, autorizando a las instituciones de crédito que así lo decidan, el pago anticipado de bonos bancarios y obligaciones subordinadas, considerándose al efecto, razones que les permitiera a los bancos una mayor captación y competitividad en condiciones de mercado. En correspondencia con ello, se adicionaron en el artículo 106 de la LIC a través de la mencionada reforma tres fracciones, siendo éstas las

XV Bis, XV Bis 1, XV Bis 2, mismas que regulan lo relativo al pago anticipado de los mencionados actos mercantiles, salvo que, tratándose reportos sean celebrados con el BANXICO, otras instituciones de crédito o casas de bolsas; tratándose de obligaciones derivadas de la emisión de bonos bancarios, éstos cumplan con los requisitos del artículo 63 de la LIC y, por último, tratándose de obligaciones subordinadas, se cumpla con lo establecido en el artículo 64 de la LIC.

16.- Adquirir directa o indirectamente títulos o valores emitidos o aceptados por ellas, obligaciones subordinadas emitidas por otras instituciones de crédito o sociedades controladoras; así como readquirir créditos a cargo de terceros que hubieren cedido, salvo el caso de las operaciones de reporto y descuento o cesión con el BANXICO, garantizando con ello la solvencia de la institución y la protección de los depósitos del público ahorrador a través de una base sólida del capital.

17.- Otorgar créditos o préstamos con garantía de:

- a) Pasivos, a cargo de la propia institución o de cualquier otra o de sociedades controladoras, que tengan como origen obligaciones subordinadas. A efecto de evitar que las instituciones de crédito adquieran obligaciones garantizadas con las mismas obligaciones, evitando el riesgo de incumplimiento, por razones de índole fiscal, se prohíben este tipo de operaciones mejor conocidas en el ámbito bancario como "back to back".
- b) Derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones que, a su vez, tengan por objeto los pasivos mencionados en el inciso anterior. La razón de tal prohibición obedece al argumento expresado con anterioridad.
- c) Acciones de instituciones de banca múltiple o sociedades controladoras de grupos financieros, propiedad de cualquier persona que detente el 5% o más del capital social de la institución o sociedad de que se trate. El objeto de esta prohibición radica en evitar que se pierda el control del capital de la institución de banca múltiple o sociedad controladora. Mediante la reforma que tuvo ésta fracción el 4 de junio del 2001, se autoriza a las acciones de las distintas de las referidas con anterioridad con la obligación de dar aviso con treinta días de anticipación a la SHCP.

18.- Celebrar operaciones u ofertas por cuenta propia o de terceros, a sus depositantes para la adquisición de bienes o servicios en las que se señale que, para evitar los cargos

por dichos conceptos, los depositantes deban manifestar su inconformidad. El principio que rige a esta fracción es la libertad contractual de las partes.

19.- En la realización de las operaciones de fideicomiso, mandatos y comisiones, les está prohibido:

- a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El BANXICO podrá autorizar mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses. El objeto de esta norma prohibitiva es evitar la confusión de los patrimonios, el incumplimiento de la obligación y el conflicto de intereses.
- b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la LGTOC, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o al fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

El objeto de esta prohibición tiene como razón, la de evitar que la fiduciaria adquiera para sí activos en cumplimiento de otras funciones que le están encomendadas, en virtud de que sus funciones se limitan a cumplir el objeto del fideicomiso, mandato o comisión, y ello podría impedir que se realizara.

- c) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de los cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración o consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los empleados y funcionarios de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas

instituciones, asimismo aquellas personas que el BANXICO determine mediante disposiciones de carácter general.

Mediante esta norma prohibitiva, se evitan los conflictos de intereses y las llamadas "operaciones de complacencia".

- d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años.

En este se puede observar la intención del legislador en prohibirles a las instituciones de crédito la administración de fincas rústicas. En este sentido, hemos mencionado que tal prohibición surgió por razones de tipo históricas, principalmente por la gran concentración de tierras a cargo de los bancos bajo el calificativo de "manos muertas", así como también, el de evitar se desnaturalice su función primaria, es decir, la intermediación financiera.

20.- Se adicionó la fracción XX del artículo 106 de la LIC mediante la reforma a la que hemos estado haciendo mención, en donde de manera expresa se prohíbe a las instituciones de crédito el proporcionar la información que obtengan con motivo de la celebración de operaciones con sus clientes, para la comercialización de productos o servicios, salvo que cuenten con el consentimiento expreso del cliente respectivo. El objeto de tal novedosa prohibición a tiende al principio de secrecía y derecho a la intimidad que tienen las partes al momento de realizar este tipo de actos jurídicos. Sin embargo, existe la salvedad a tal señalamiento siempre y cuando tenga como el sano desarrollo del sistema financiero o que tenga por objeto coadyuvar a la estabilidad de las instituciones de crédito o del sistema bancario, siempre y cuando se tenga la autorización expresa del BANXICO y de la CNBV respectivamente.

Como se pudo observar, las prohibiciones tienen como objeto el salvaguardar el patrimonio de la institución de crédito y con ello incidir en la protección a los intereses del público en general y el de los acreedores de la propia institución.

En el siguiente capítulo se observará lo relativo a las autoridades administrativas que en materia bancaria tienen competencia para regular y supervisar al Sistema Bancario Mexicano.

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTORIDADES COMPETENTES EN MATERIA BANCARIA

1. Generalidades.-

En el presente capítulo se abordará de forma breve y objetiva lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente respecto de las autoridades que tienen competencia para diseñar, dirigir, modificar, y especialmente supervisar la actividad bancaria.

Para entender mejor el sustento jurídico del cúmulo de competencias en materia bancaria de la autoridad estatal, se deben hacer algunas consideraciones generales que caracterizan al régimen legal.

En primer instancia, se deberá partir de la consideración que dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en donde impere el derecho (ya sea en su forma legal o consuetudinaria), existen múltiples actos de los gobernantes que afectan la esfera jurídica de los gobernados, esto en virtud del ejercicio del poder de imperio de que es titular el Estado a través de sus autoridades; con la obligación de que estos actos cumplan determinados principios o llenen ciertos requisitos para que se consideren válidos desde el punto de vista del derecho. De tal forma que no podemos fundar la competencia de las autoridades para regular la actividad bancaria en el capricho del legislador, o sólo porque así lo dispuso el derecho positivo vigente, sino que, se deberá observar si el ordenamiento legal consagra el principio de la garantía de seguridad jurídica, propio de todo régimen jurídico. Al respecto, la CPEUM, al fijar en su artículo 16 que nadie puede ser molestado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, es congruente con el referido principio.

En segundo término, para que la actividad del Estado (en un sentido jurídico), esto es, "el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga", pueda lograr sus fines con la habida congruencia del principio de garantía de seguridad jurídica, se deberán crear en el ámbito del derecho los medios adecuados, es decir, se deberán señalar el conjunto de sus atribuciones. Sin embargo, los criterios para fijar el carácter y número de ellas corresponde al campo de la ciencia política.

Por último, y como se observará más adelante, la atribución del Estado en materia bancaria se expresa en la CPEUM en congruencia con los dos presupuestos mencionados con anterioridad y, tiene como base, otro de carácter económico que visto a la luz de las fuentes del derecho se trata de una fuente real: nos referimos al papel que desempeña el Estado en la actividad económica y la manera de cómo incide éste en el quehacer bancario.

De la concepción que se tenga de la participación del Estado en la economía, y especialmente en los mercados (estudio que aborda la economía normativa, es decir, aquella que nos "ofrece prescripciones para la acción basadas en juicios de valor personales"⁵²), se clasifican en tres tipos a los sistemas económicos: economía de libre mercado, economía mixta y, economía centralmente planificada o autoritaria⁵³.

De esta clasificación teórica de los sistemas económicos, el papel que desempeña el Estado en la economía será distinto en cada uno de ellos, mismo que puede ir desde su más amplia participación en la toma de todas las decisiones relacionadas con la producción y el consumo, hasta en la no intervención en la asignación de los recursos.

Sin entrar al estudio de la evolución y características de cada uno de los sistemas económicos, por lo que respecta al de México, se afirma que éste gira en torno a una economía de libre mercado con grandes signos estructurales que podrían ubicarlo dentro de una economía mixta. A manera de guisa, se observa que el Sistema Bancario Mexicano experimentó en el período inmediato anterior al actual, políticas de extrema intervención⁵⁴ pública y fue hasta principios de la década pasada cuando se manifestó por parte del legislador un interés de "restablecer el régimen mixto en la prestación del servicio de banca y crédito"⁵⁵, aspecto que respondió, en su momento, a los cambios de manera generalizada en los sistemas bancarios del ámbito mundial. Lo anterior, tuvo como base el que se procurara el "fortalecimiento de principios sociales de solidaridad y subsidiaridad en el cuidado del interés común"⁵⁶, al permitirse con ello, una amplia participación de los particulares en dicho sistema, cuya importancia es significativa para el desarrollo económico del país.

En este orden de ideas, al observar desde una óptica general la CPEUM y particularmente el papel del Estado en la vida económica, las atribuciones del Estado se fundan en una doctrina

⁵² Fischer, Stanley, Dornbusch, Rudiger, Schmalensee, Richard: *Economía. Segunda Edición*. Editorial Mc Graw Hill, México, 1990, pág. 5.

⁵³ Cfr. *Ídem*, pág. 15.

⁵⁴ Basta recordar el mal llamado Decreto de Nacionalización Bancaria -en sí se trató de una expropiación- publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 1ro. y 6 de septiembre de 1982.

⁵⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Instituciones de Crédito, según Decreto del 14 de julio de 1990, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 1990.

liberal con características propias de un "Estado social de Derecho" misma que se orienta al seguir como eje político la "Rectoría Económica del Estado".

Según el artículo 73, fracción X, de la CPEUM, corresponde a Congreso de la Unión en forma exclusiva legislar sobre intermediación y servicios financieros. Además, el artículo 4 de la LIC señala específicamente que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.

Esta facultad que tiene el Estado de ejercer la "rectoría financiera" prevista en la LIC, deriva de la facultad genérica denominada "rectoría del desarrollo nacional" consagrada en la CPEUM en sus artículos 25, 26 y 28. Esta atribución tiene como objeto, en un sentido genérico, el desarrollo económico del país de manera integral y sostenible, bajo un régimen democrático y mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo; una más justa distribución del ingreso y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales; participando en el desarrollo nacional y, en un sentido específico, en el que la actividad bancaria apoye y promueva el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional; fomentando el ahorro en todos los sectores y regiones y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del sistema con apego a sanas prácticas y usos bancarios.

De tal manera que la prestación del servicio de banca y crédito no es directa y libremente ejecutada por los particulares, sino que, está encaminada y orientada de acuerdo a las líneas que dicten las políticas públicas y las normas que emanen de la Ley.

Por lo tanto, la actitud del Estado frente a la actividad bancaria no es la de un simple vigilante; por el contrario, debido a la trascendencia de los servicios financieros sobre la economía en general, se establece en el derecho positivo, la intervención del Estado en materia de regulación del proceso y la actividad bancaria.

De lo expuesto, la competencia del Estado en materia bancaria deriva de las atribuciones (lo que el Estado puede o debe hacer, esto es, "contenido de la actividad del Estado"⁵⁷) que le otorga el ordenamiento legal, a través de las funciones, es decir, "la forma de ejercicio de las atribuciones"⁵⁸, que ejerce en la esfera administrativa como órgano regulador del sistema financiero del país.

⁵⁶ Borja Martínez, Francisco. *Op. Cit.* pág. 26.

⁵⁷ Fraga, Gabino: *Derecho Administrativo*. Trigésimo octava edición. Editorial Porrúa, México, 1998. pág. 26.

⁵⁸ *Idem*

Ahora bien, en el ejercicio del cúmulo de atribuciones del Estado en la esfera bancaria, se considera de manera categórica que éstas tienen congruencia con los principios consagrados en la CPEUM, de tal forma que si observamos a los distintos organismos o instituciones gubernamentales al estar inmersos en un sistema económico de economía de libre mercado, tienen competencias propias que se orientan a regular el crecimiento de la economía nacional y fundamentalmente a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país, bajo un régimen de libertad reconocido por el derecho.

No obstante y con el objeto de realizar una salvedad de tipo metodológica, existen dos aspectos de suma importancia a considerar, los cuales, serán abordados en este capítulo exclusivamente en cuanto tengan relación directa con el objeto de estudio del presente trabajo: primero, que este conjunto de atribuciones de las autoridades no se encuentran en un sólo cuerpo legal, sino que por la naturaleza de la actividad bancaria y específicamente por su carácter dinámico en el desenvolvimiento económico, las mismas se encuentran diseminadas y atomizadas en distintas leyes y disposiciones generales; en segundo término, en estas disposiciones también se encuentran diversas dependencias y organismos que forman parte del Estado y constituyen las autoridades bancarias del país.

Dentro de la estructura del Estado, los organismos que tienen facultades de control, regulación y supervisión al sistema y actividad bancarias son las siguientes: SHCP, BANXICO, CNBV, CNSF, CONSAR, CONDUSEF y el IPAB, de los cuales, sólo abordaré el estudio de algunos de éstos y, en función de la relación directa con el objeto del presente trabajo.

2. Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).-

El artículo 90 de la CPEUM establece que la administración pública será centralizada o paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, la cual, distribuirá los negocios jurídicos de orden administrativo que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos.

Por su parte, el artículo 80 de la propia Constitución puntualiza que el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión se depositará en un sólo individuo que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".

De acuerdo con los preceptos constitucionales mencionados, la LOAPF precisa en su artículo 1ro., que la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos

Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo, integran la Administración Pública Centralizada.

Bajo este orden de ideas, se afirma que la SHCP es parte integrante de la Administración Pública centralizada y Dependencia del Poder Ejecutivo de la Federación.

A. Estructura Orgánica.-

De acuerdo a la LOAPF, la SHCP tiene el carácter de Dependencia y en lo que respecta a su estructura orgánica ésta queda precisada en el Reglamento Interior de dicha Secretaría, en donde también, se especifican la forma y los términos en que se ejerce sus funciones en materia financiera.

Para el despacho de los asuntos de su competencia en el ámbito bancario, la SHCP lo hace por conducto del Secretario de Hacienda y Crédito Público, de la Subsecretaría de Hacienda y Crédito Público, de diversos Directores Generales adscritos a la misma y de los organismos de supervisión, tales como la CNBV, CNSF y CONSAR.

B. Facultades.-

La SHCP durante muchos años ha sido la dependencia del Estado rectora del sistema financiero y tiene a su cargo múltiples e importantes facultades respecto del mismo.

Estas facultades se encuentran comprendidas en diversas leyes, entre las cuales, destacan por su importancia la CPEUM, la LOAPF, el Reglamento Interior de la SHCP, el Manual de Organización General de la mencionada Secretaría publicado en el DOF el día 6 de enero de 1999 y las distintas leyes financieras y bancarias que han sido mencionadas a lo largo del presente trabajo.

Con el objeto de precisar las facultades más importantes en materia bancaria que inciden directamente sobre nuestro objeto de estudio, señalaré de forma breve algunas de ellas:

1. PLANEACIÓN Y COORDINACIÓN GENERAL DEL SISTEMA BANCARIO.-

Con base al artículo 31, fracción VII, de la LOAPF, corresponde a la SHCP el despacho de los asuntos relativos a "planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que

comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y a las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito".

En este sentido, debe entenderse que la facultad de la SHCP es respecto al sistema financiero en general y no exclusivamente frente al sistema bancario en particular; el anterior razonamiento es debido principalmente a las diversas facultades que se derivan de distintas leyes. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, interesan exclusivamente las relativas al sistema bancario.

La facultad antes descrita orienta la política del sistema bancario del país con miras a "promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional" (artículo 4 de la LIC); sin embargo, se destaca el punto relativo a la vigilancia, sin que necesariamente se reste importancia a los otros, ya que se observará en el siguiente capítulo del presente trabajo, las facultades de vigilancia del sistema bancario a cargo de los órganos de supervisión, derivan de este precepto legal.

Entre las proposiciones que señala la SHCP, se destacan por su importancia las siguientes:

1.1. Programas de política financiera, crediticia, bancaria y monetaria que fortalezcan el ahorro e incidan positivamente en el grado de certidumbre entre los inversionistas nacionales y extranjeros.

1.2. Adecuación del marco institucional, legal y estructural del sistema financiero, incorporando los planteamientos y necesidades de los diferentes intermediarios, a fin de garantizar la necesaria adecuación del marco jurídico a las condiciones económicas y financieras que vayan surgiendo, así como una mayor articulación entre los diversos intermediarios. En este sentido, expide Reglamentos Orgánicos, Reglas Generales y Circulares.

2. AUTORIZACIÓN.-

La SHCP tiene diversas facultades de autorización, destacando las expresamente señaladas en la LIC, entre ellas, se encuentran las siguientes:

2.1. CONSTITUCIÓN: se refiere a la autorización intransmisible y discrecional que compete otorgar la SHCP para que pueda establecerse una sociedad anónima como institución de crédito en su modalidad de banca múltiple (artículo 9 de la LIC); la misma Secretaría tiene facultad para revocar dicha autorización, con base al artículo 28 de la referida ley.

Este elemento discrecional, como lo señala el doctor De la Fuente Rodríguez, "no significa que el acto administrativo de autorización no haya de ser legítimo", sino que, la ley bancaria atribuirá a dicha autoridad competencia para apreciar la capacidad técnica, idoneidad, solvencia, calidad moral de los probables consejeros y administradores de las instituciones de banca múltiple; si su plan de funcionamiento es viable y ofrece suficiente garantía para el ejercicio de la actividad bancaria⁵⁹.

En este sentido, la facultad discrecional es un instrumento importante para limitar la entrada al sistema bancario de instituciones de crédito con proyectos inviables, así como de personas moralmente indeseables y/o técnicamente incapaces.

Ante el problema que puedan introducirse personas de dudosa capacidad técnica y/o moral, el autor antes mencionado recomienda al respecto, primero, una revisión a los elementos subjetivos de evaluación y requisitos expresados en la LIC y, segundo, que se tenga un sistema de información financiera integral, el cual, permita con base en consultas rápidas y actualizadas conocer los aspectos de mayor trascendencia y trayectoria de los solicitantes, permitiendo un ágil intercambio con los distintos supervisores financieros, tanto nacionales como extranjeros. No obstante, sería casi de imposible realización esto último, especialmente por los problemas técnicos en su implementación.

Esta facultad discrecional (*in genere*) que tiene la autoridad consiste en determinar si actúa o no, y en caso de hacerlo, los límites y contenido que tendrá su actuación; es decir, tal y como lo señala el jurista Acosta Romero, "es la libre apreciación que se le da al órgano de la Administración Pública, con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad, o razones determinadas, que puede apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello, con los límites consignados en la ley"⁶⁰. En la doctrina jurídica se ha discutido mucho respecto a los límites que deba tener la facultad discrecional. Algunos autores han considerado que no tiene límites; sin embargo, hay quienes estiman que ésta se limita por la ley misma. A mi parecer muchas disposiciones en el orden administrativo son más o menos discrecionales, por lo que se deberá tener mucho cuidado por parte del legislador al momento de fijar estas disposiciones en leyes secundarias para darle énfasis a su delimitación a efecto de evitar que dicha facultad sea arbitraria. Además, no hay que perder de vista que en "cuanto mayor es el poder discrecional de los funcionarios y menores las opciones abiertas a las personas y a las empresas privadas, mayores son los costes de un sistema que tolera la corrupción, aun cuando aquellos que obtienen el servicio reúnan de

⁵⁹ Cfr. De la Fuente Rodríguez, *Op. Cit.*, pág. 83.

hecho los requisitos⁶⁰. Esto sucede especialmente en la facultad discrecional técnica, es decir, aquella en donde la propia ley señala que deben apreciarse determinados datos técnicos, ya sea de la realidad, o del conocimiento científico, para ejercitar dicha facultad, como el caso de la autorización para constituir una institución de crédito.

Por otro lado, cabe precisar en este rubro que la autorización es un concepto que suele confundirse con el de concesión.

Ambos actos son de naturaleza administrativa que facultan a una determinada persona a la realización de alguna actividad sancionada por el derecho. Sin embargo, en su aspecto sustancial, la doctrina jurídica ha desentrañado diferencias entre ambos conceptos.

Para el maestro Gabino Fraga, la autorización es un "acto administrativo por el cual se levanta o se remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido de un derecho de un particular"⁶². En este sentido, se trata de un acto que otorga capacidad a los particulares para que puedan realizar ciertas actividades que, por su índole, no han sido reservadas por el propio Estado.

Por el contrario, siguiendo al mismo autor, la concesión administrativa es: "el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado"⁶³. En este sentido, la actividad por su naturaleza o por disposición legal, le corresponde de manera expresa al Estado y que mediante este acto administrativo, se otorgan o transmiten derechos patrimoniales a los particulares.

De acuerdo a los dos conceptos vertidos con anterioridad, y especialmente por lo dispuesto en nuestra LIC, el régimen legal de autorización para funcionar como instituciones de crédito, es por su naturaleza una concesión, aunque no lo sea por su denominación.

Para sostener lo antes expuesto, señalaré las siguientes consideraciones:

⁶⁰ Acosta Romero, Miguel: *Teoría General del Derecho Administrativo*. Decimocuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1999, pág. 1090.

⁶¹ Rose-Ackerman, Rose: *La Corrupción y los Gobiernos*. Editorial Siglo XXI de España Editores. Madrid, 2001, pág. 19.

⁶² Fraga, Gabino *Op.cit.*, pág. 236.

⁶³ *Idem*.

- a) La autorización no es un derecho que concede la autoridad, sino un acto permisivo o consensual del Estado, ya que el servicio de banca y crédito tiene naturaleza de servicio de interés público y no el de servicio público.
- b) La autorización no es de carácter discrecional: en el supuesto que se cumplan con los requisitos de ley, el particular puede exigir que se le otorgue. La concesión puede o no concederse.
- c) La revocación de la autorización debe ser por causas justificada, no es libre. Tratándose de concesión, la revocación puede ser reglamentada o discrecional.

2.2. OPERACIONES: una vez iniciado el funcionamiento de la institución financiera o banca múltiple a través de las diferentes etapas de sus operaciones, requerirá igualmente la obtención de una serie de autorizaciones de la SHCP, entre las cuales podemos citar:

- a) Inversión en el capital de otras sociedades que les prestan servicios complementarios o auxiliares o de entidades financieras del exterior.
- b) Respecto a los programas anuales sobre el establecimiento, ubicación y clausura de sucursales, agencias y oficinas de instituciones de crédito, antes de la reforma a la LIC del 4 de junio del 2001 se requería autorización por parte de la SHCP, sin embargo, con la mencionada reforma se eliminó la referida autorización, substituyéndose, al efecto, por la obligación por parte de las instituciones de banca múltiple de dar aviso a la SHCP y al público en general, de lo relativo a este tipo de actos.

2.3. FUSIÓN: autoriza los programas conducentes a la fusión de dos o más instituciones de crédito; incorporándose con la reforma del 4 de junio del 2001 la obligación de las instituciones de banca múltiple, el requisito de la presentación del convenio de fusión, plan de fusión, estados contables, así como los estados financieros proyectados de la sociedad resultante de este proceso, ya que son elementos necesarios para que dicha Secretaría tome la decisión correspondiente conforme a las atribuciones que tiene conferida.

2.4. SITUACIONES DE EXCEPCIÓN: también le corresponde a la SHCP autorizar, mediante reglas de carácter general, situaciones de excepción frente a principios generales establecidos por la ley, dadas ciertas justificaciones específicas.

Como ejemplo de lo anterior, se señala que las instituciones de banca múltiple otorgan créditos a sus funcionarios, empleados o auditores externos; otorgan fianzas o cauciones, y realizan ciertas operaciones con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores, sin la intermediación de las casas de bolsa. Asimismo, tenemos también las autorizaciones a personas físicas o morales para el control de acciones de capital de una entidad financiera por un monto superior al límite general que marque la ley financiera respectiva, pero sin que en caso alguno pueda superar el límite que establezca la misma.

3. EMISIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER PRUDENCIAL.-

La SHCP emite regulaciones generales sobre las situaciones siguientes:

3.1. Institucionales de las entidades financieras.

3.2. Prudenciales para asegurar la solvencia, liquidez y adecuada disposición de las entidades financieras. Respecto a este tipo de disposiciones cabe hacer la acotación que las mismas tienden a proteger directamente a la institución y de manera indirecta al público en general.

4. INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA.-

La LIC en su artículo 5 asigna a la SHCP la facultad de interpretar, para efectos administrativos, los preceptos de dichos textos legales. Interpretar es aclarar, explicar, o desentrañar el significado de disposiciones de ley que están oscuras o ambiguas⁶⁴. La interpretación, según la persona que la realice, puede ser: legislativa, judicial, administrativa y doctrinal.

En este punto me refiero a la interpretación administrativa, misma que se puede conceptualizar como aquella que realiza una dependencia de la administración pública federal, como es el caso de la SHCP, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, (Reglamento Interior de la SHCP, artículo 10, fracción XII).

La SHCP, tal y como se ha venido describiendo, es el pilar del sector financiero en nuestro país, por lo que, el doctor De la Fuente Rodríguez considera que: "es la más apta para interpretar el exacto significado y alcance de las leyes que regulan el sistema financiero del país"⁶⁵. En este

⁶⁴ Ver: Monlau, Pedro Felipe, *Diccionario etimológico de la lengua española*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1951, pág. 78. Cfr. García Máynez, Eduardo, *Op. Cit.* pp. 325 a 338.

⁶⁵ De la Fuente Rodríguez. *Op. Cit.* p. 85.

sentido, considero que con la reforma a la LIC del 4 de junio del 2001 en tanto se adicionó el artículo 5 Bis, al señalar la posibilidad en que la SHCP solicite de las opiniones de la CNBV, CNSF, CONSAR, CONDUSEF e IPAB en la esfera de su competencia para el mejor cumplimiento de las atribuciones, se llevó a cabo un importante cambio, ya que esto implica una mayor coordinación en la esfera administrativa de las distintas autoridades que tengan a su encargo áreas específicas y materias técnicamente diferenciadas en cuanto a una correcta y mejor interpretación normativa por parte de la autoridad competente.

Esta interpretación es obligatoria y por lo general se da a conocer a través de circulares, oficios circulares o instructivos. En este sentido, recordemos que con fecha del 17 de febrero de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (SCJN) declaró la constitucionalidad del artículo 5 de la LIC, bajo los rubros siguientes: a) *Instituciones de Crédito, Ley de, Artículo 5to. El Congreso de la Unión puede válidamente autorizar al Ejecutivo Federal para que efectúe la interpretación administrativa de sus disposiciones*⁶⁶; b) *Instituciones de Crédito, Ley de, El artículo 5, que autoriza la interpretación administrativa de sus normas, no viola lo dispuesto por el artículo 94 constitucional*⁶⁷.

Cabe comentar que la SHCP es la encargada de interpretar para efectos administrativos, las disposiciones sobre servicios financieros que se incluyan en los tratados o acuerdos internacionales, según lo establece el artículo 45-B de LIC.

5. INTERVENCIÓN EN DELITOS BANCARIOS O ECONÓMICOS.-

La SHCP, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, le corresponde la facultad de petición para la persecución de ciertos delitos especiales previstos en la LIC, oyendo la opinión de la CNBV. Como ejemplo, señalamos los delitos tipificados en el Capítulo Tercero, del Título Quinto de la mencionada ley.

6.- APLICACIÓN DE SANCIONES.-

La imposición de sanciones que se establece en las leyes financieras y especialmente en las bancarias, en algunos casos, es competencia de la SHCP. Como ejemplo de lo expuesto anteriormente, se señala la revocación de la autorización de las instituciones de banca múltiple, cuando la gravedad de las infracciones lo amerite.

⁶⁶ Amparo en revisión 601/92. Autoconstrucción, S.A. de C.V. 17 de noviembre de 1993. Mayoría de 17 votos. Ponentes: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

⁶⁷ *Idem*

7.- APROBACIÓN DEL ACTA CONSTITUTIVA.-

La SHCP aprueba las escrituras constitutivas de las instituciones de banca múltiple, así como sus modificaciones. Con relación a las modificaciones que pueda tener el acta constitutiva de la entidad financiera, se deberá celebrar asamblea general extraordinaria de accionistas, en la cual, se resuelva modificar el contrato social, tal sería el caso tratándose de aumentos en el capital social. En consecuencia, la entidad deberá proceder a modificar el artículo correspondiente de sus estatutos sociales y hacerlo del conocimiento de la citada Dependencia para que ésta autorice dicha modificación, conforme a lo dispuesto por la ley especial que le es aplicable a la institución.

8. INTERVENIR EN LA CNBV, CNSF, CONSAR.-

A estas comisiones en cuanto órganos desconcentrados de la SHCP (aspecto que veremos en el siguiente apartado), la SHCP interviene en la designación de sus Presidentes y a los vocales ante sus Juntas de Gobierno; autoriza anualmente sus presupuestos de ingresos y egresos, e interviene en las demás funciones que la ley le asigna.

A reserva de volver sobre este punto en el siguiente capítulo, se debe hacer la anotación que es de sumo interés para el presente trabajo lo conducente a la intervención que tiene la SHCP en la CNBV, ya que ha existido en la doctrina jurídica y especialmente en los círculos económicos de nuestro país, el debate en cuanto a darle mayor autonomía a la CNBV re-definiendo su naturaleza legal al ubicarla como órgano desconcentrado del BANXICO.

9. RESUELVE CONSULTAS.-

Es facultad de la SHCP resolver las consultas que se realicen por parte de los distintos órganos del Estado y de las diversas dependencias del Ejecutivo Federal o entre las propias Instituciones respecto a las reglas que emita para las entidades financieras y particularmente dentro del sistema bancario.

3. Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV).-

El artículo 17 de la LOAPF fundamenta la posibilidad de que las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos cuenten con órganos desconcentrados para la eficaz atención y el más eficiente despacho de los asuntos de su competencia, los cuales, les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

El artículo 1ro. de la LCNBV, publicada en el DOF el día 28 de abril de 1995, define a ésta como órgano desconcentrado de la SHCP, con autonomía técnica y facultades ejecutivas; por lo tanto, le corresponde ajustarse, en lo general, a la normatividad legal de la Administración Pública Centralizada en los mismos términos que a una secretaría, salvo en aquellos aspectos en que la propia LCNBV así lo establezca.

En este sentido, le son aplicables a la CNBV, en los términos que a las demás entidades de la Administración Pública centralizada, entre otros ordenamientos, las leyes Orgánicas de la Administración Pública Federal; de Planeación, Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público; de Bienes Nacionales; de Obras Públicas; de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles; de los Trabajadores al Servicio del Estado; y de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Entre los puntos de aplicación especial para la CNBV destaca la facultad de formular su presupuesto y someterlo a la autorización de la SHCP (artículo 16, fracción XI de la LCNBV), mismo que de acuerdo con el artículo 18 de la LCNBV deberá ser cubierto por las instituciones de crédito y las sociedades o establecimientos sujetos a su inspección y vigilancia.

A. Naturaleza Jurídica.-

A efecto de desentrañar la naturaleza jurídica de la CNBV, se observará a continuación de forma breve la evolución que ha tenido desde sus inicios en nuestra legislación este órgano.

En la Exposición de Motivos del Decreto que creó la Comisión Nacional Bancaria, según DOF del 24 de diciembre de 1924, se señalaron las características en cuanto órgano dependiente de la SHCP. Esta relación de dependencia de la CNBV con respecto a la SHCP, que en aquella época aún no se definía ni en la Ley ni en la doctrina como propia de un órgano desconcentrado, se vio reflejado en el articulado del mencionado Decreto de creación al conferirle a la Secretaría las facultades de aprobar su presupuesto de gastos y la contratación de peritos (artículo 10). Por su parte, el Secretario de Hacienda estaba facultado para ratificar, modificar o rechazar las resoluciones que hubiere aprobado la Comisión (artículo 12). Sin embargo, la subordinación de la Comisión a la SHCP no impedía que ésta gozara de facultades autónomas (propias de los órganos desconcentrados) para "...tener a su cargo un cuerpo de inspectores e interventores que podía nombrar o remover libremente" (artículo 2do, Fracción III); "...Dirigir las inspecciones que habrán de hacerse a los bancos" (artículo 2do, Fracción IV); "...Determinar la manera en que habrán de hacerse y publicarse los balances y estado de condiciones de los bancos que operen en la

República" (artículo 2do, Fracción V); y, "...Formar los reglamentos para llevar a cabo su trabajo y su presupuesto de gastos con aprobación de la Secretaría de Hacienda" (artículos 6 y 7).

En las sucesivas leyes bancarias promulgadas en 1924, 1926, 1932 y 1941 no se definió la naturaleza jurídica de la Comisión. Sin embargo, en la Exposición de Motivos del Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Fianzas, según el DOF del 18 de enero de 1969, se confiere la inspección y la vigilancia de estas entidades a la Comisión al señalarla como "organismo descentralizado".

Es de hacer notar que, en la época en que fue expedido el mencionado Decreto, la legislación administrativa aún no contemplaba los órganos desconcentrados y, por lo tanto, la figura del organismo descentralizado era la más idónea de las consideradas en la Ley para calificar a entidades con cierta autonomía dependientes de una secretaría de Estado que las auxiliara en el desempeño de asuntos de su despacho.

Es en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada en el DOF el 14 de enero de 1985, en donde por primera vez se define (artículo 99) el carácter de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (léase CNBV) como órgano desconcentrado de la SHCP.

Ahora bien, el concepto de "órgano desconcentrado" ha sido en la esfera del derecho administrativo uno de los más polémicos y discutido. Si se considera la definición que hace el *Diccionario de la Lengua Española*⁶⁸ del vocablo "concentración", esto es, "acción o efecto de concentrar", y concentrar es "reunir en un centro o punto lo que estaba separado"; se puede entonces afirmar que la desconcentración es "la separación de lo que estaba concentrado en un punto dado"⁶⁹. Esta definición, sin embargo, no arroja ninguna luz respecto de tan controvertido concepto jurídico, por lo tanto, se afirma en términos simples que las funciones de inspección y vigilancia bancarias, que en su origen prestaba en forma directa la dependencia centralizada SHCP, se desconcentraron hacia un órgano dependiente de ella misma.

Desde el punto de vista jurídico, señala Ponce Cumplido⁷⁰ que fue H. Berthélemy (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1900) quien por primera vez utilizó el término desconcentración como sinónimo de delegación para referirse al otorgamiento de poderes a agentes locales. Sin embargo, según el mismo autor, la depuración técnica del concepto corresponde al jurista Juan Luis de la Vallina Velarde, en la fenomenología de la desconcentración,

⁶⁸ Real Academia Española. *Op. Cit.* pág. 445.

⁶⁹ Escobar Soto, Juan Enrique, *Naturaleza y marco jurídico de la Comisión en Comisión Nacional Bancaria*, Editorial Fondo de Cultura Económica y Nacional Financiera, México, 1993, p. 39.

al analizar con detalle su naturaleza jurídica y la diferencia entre ésta y otras figuras similares como son la descentralización y la delegación de funciones.

En México, fue el maestro Miguel Acosta Romero el primero que doctrinalmente señaló que la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (entiéndase la CNBV) era un "organismo desconcentrado"⁷¹ de la Administración Pública Federal.

La figura de la desconcentración aparece contemplada por primera vez en la legislación mexicana en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, expedida el 27 de diciembre de 1970, donde en su artículo 37 disponía que se desconcentran en las delegaciones las atribuciones que en dicho precepto se especifican, y las demás que les señalen por escrito el jefe del Departamento del Distrito Federal, otras leyes y reglamentos.

El 29 de diciembre de 1976 se publicó la actual LOAPF, en cuyo artículo 17 se incluyó la figura del órgano desconcentrado de las secretarías y departamentos de Estado; sin embargo, de la Exposición de Motivos de la iniciativa de dicha Ley se desprende que el legislador veía la desconcentración como una especie de delegación de funciones, por lo que aún no se podía hablar de una desconcentración en los términos como se conoce actualmente.

Ahora bien, de acuerdo con el *Diccionario jurídico mexicano*⁷², "existe un número considerable de organismos públicos innominados...[que]...no reúnen plenamente los requisitos legales de los organismos descentralizados, ni de los desconcentrados. Por estricta interpretación jurídica se les encajona en uno u otro grupo y por su habitual dependencia jerárquica con los órganos del poder central se les califica de "organismos desconcentrados", de tal forma que nuestra legislación administrativa requiere de una revisión a efecto de precisar mejor a los organismos de la administración pública.

En el documento "Marco conceptual y lineamientos generales para la desconcentración administrativa de la Administración Pública Federal",⁷³ se formularon conceptos en relación con la delegación simple, la desconcentración y el órgano desconcentrado.

⁷⁰ Ponce Cumpido, Jaime. *La desconcentración administrativa. Estudio teórico-doctrinario en Revista de Administración Pública*, núm. 67, julio-diciembre de 1986. Instituto Nacional de Administración Pública, México, pág. 98.

⁷¹ Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del derecho administrativo*, Segunda edición, Editorial UNAM, México, 1975, pp. 98 y ss.

⁷² Voz: Desconcentración. Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano*, Decimacuarta edición, Editorial Porrúa y Editorial UNAM, México, 2000, pág. 1091.

⁷³ Elaborado en la reunión celebrada el 15 de agosto de 1980 en Ixtapa-Zihuatanejo por el Colegium, después sometido a la consideración del Comité Técnico Consultivo de directores jurídicos y finalmente aprobado por el C. Presidente de la República. Citado por Escobar Soto. *Op. Cit.* pág. 42.

El concepto que se presenta en dicho documento con respecto a la desconcentración de facultades es el siguiente:

"Se entiende a la desconcentración de facultades como 'el acto jurídico-administrativo que permita al titular de una dependencia delegar ciertas facultades de autoridad, a un funcionario u órgano de la institución que le esté jerárquicamente subordinado', debiendo publicar tal disposición en el Diario Oficial".

"La desconcentración de facultades permite por una parte contar en ámbitos territoriales determinados con funcionarios públicos o unidades administrativas que acerquen en tiempo, espacio y especialidad, las acciones y decisiones al público, y por otra parte, contribuye a la más eficaz y eficiente atención y despacho de los asuntos de las dependencias de la Administración Pública Federal".

En cuanto a órgano desconcentrado, en el referido documento, se brinda esta definición:

"Un órgano desconcentrado 'es la unidad administrativa de una dependencia' a cuyo responsable han sido conferidas, por disposición presidencial o del Congreso, funciones específicas y se le han transferido los recursos presupuestales y apoyos administrativos necesarios que le permitan resolver con agilidad y eficacia sobre determinada materia dentro del ámbito territorial que se fije en el instrumento jurídico que lo crea".

"El órgano desconcentrado no cuenta con personalidad jurídica ni patrimonio propio. Sin embargo, dada la importancia de las funciones desconcentradas y por la naturaleza de las acciones que realiza, puede distinguirse administrativa y presupuestalmente en su organización y operación de las demás unidades que integran la estructura de la institución de la que depende."

De acuerdo con los conceptos expresados, las características esenciales que definen a los órganos desconcentrados son las siguientes:

- Se trata de unidades administrativas de una dependencia central.
- Están subordinados jerárquicamente a dicha dependencia central.
- Sus facultades y deberes están fijados en una ley o decreto presidencial.

- Mantiene cierta autonomía orgánica, sin desaparecer la subordinación jerárquica del órgano del que dependen.

- No cuentan con personalidad jurídica ni patrimonio propio.

- Tienen facultades específicas para resolver sobre la materia dentro de un ámbito determinado.

En virtud al artículo 1 de la LCNBV publicada en el DOF el día 28 de abril de 1995, la CNBV es definida como un órgano desconcentrado de la SHCP con autonomía técnica y facultades ejecutivas. A continuación se procederá a analizar si sus características corresponden efectivamente a este tipo de entidades con base en los conceptos expuestos con antelación.

De acuerdo con el *Glosario de términos administrativos*, una unidad administrativa es "una dirección general o equivalente a la que se le confieren atribuciones específicas en el Reglamento Interior. También se denomina unidad administrativa al órgano que tiene funciones propias que lo distinguen y diferencian de los demás de la institución".⁷⁴

En este sentido, la CNBV no está considerada como una unidad administrativa de la SHCP en el Reglamento Interior de la propia Secretaría.⁷⁵ Además, de acuerdo con la propia LCNBV y su estructura organizativa, se trata de una entidad diferenciada de dicha Secretaría, ya que cuenta con su propia Junta de Gobierno, reglamento Interior, presupuesto independiente, personal a su servicio y autonomía técnica y administrativa.

En opinión de Escobar Soto, la CNBV "forma parte de los organismos públicos"⁷⁶, que de acuerdo con el mencionado *Glosario* son "las dependencias, entidades, comisiones, juntas patronales y demás instituciones creadas por la Federación que tengan o administren un patrimonio o presupuesto formado por fondos federales"⁷⁷.

Los elementos de jerarquía que se señalan por la doctrina como elemento característico de este tipo de organismos, en general son: poder de mando, potestad disciplinaria, jurisdicción retenida, jurisdicción de conflictos y facultades de nombramiento. De acuerdo con dichos elementos, se procederá a determinar si las relaciones entre la CNBV y la SHCP son de subordinación jerárquica.

⁷⁴ Presidencia de la República. *Glosario de Términos Administrativos*. Coordinación General de Estudios Administrativos, s/editorial, México, 1982, pp. 154-155.

⁷⁵ *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1992, véase el artículo 2do. del Reglamento.

⁷⁶ Escobar Soto. *Op. Cit.* pág. 48.

En mi opinión se entiende por "Poder de Mando" aquel por cuya virtud el superior puede dar órdenes a sus subalternos. La subordinación de la CNBV al poder de mando de la SHCP se manifiesta en los siguientes deberes:

- Fungir como órgano de consulta del Gobierno Federal en materia financiera (artículo 4, fracción VIII de LCNBV).
- Informar a la SHCP respecto de los casos concretos que ésta le solicite (artículo 16, fracción IX de LCNBV).
- Someter su presupuesto a la autorización de la SHCP (artículo 16, fracción XI de LCNBV).

Respecto a la "Potestad Disciplinaria", el superior fiscaliza el cumplimiento de los subordinados. Tal potestad de la SHCP con respecto de la CNBV se desprende de:

- Rendir un informe anual.
- Informar a SHCP sobre su actuación y sobre los casos concretos.

En la "Jurisdicción Retenida", la facultad consiste en la posibilidad de recurrir al superior para que deje sin efecto, modifique o suspenda la resolución adoptada por el inferior. Dicha jurisdicción retenida de la SHCP con respecto a resoluciones de la CNBV se aprecia en la posibilidad de que los afectados por sanciones, renunciaciones o suspensiones impuestas por esta última puedan recurrir dichas resoluciones ante la mencionada SHCP (artículos 25 y 110 de la LIC).

En la "Jurisdicción de Conflictos" se establece el principio por el cual, se habilita al superior jerárquico para resolver las contiendas de competencia que se produzcan entre sus subordinados. Considero que una manifestación de esta potestad jerárquica es la facultad de la SHCP para determinar cuál es la entidad preponderante de un Grupo Financiero, de donde se derivará cuál de las comisiones (CNBV, CONSAR, CNSF) es la competente para supervisar a la controladora de dicho grupo (artículo 30 de la LRAF).

El "Poder de Nombramiento" consiste en la facultad de designar a los principales funcionarios. La SHCP tiene la facultad de nombrar al presidente y a los dos vicepresidentes de la

⁷⁷ Presidencia de la República. *Glosario de términos administrativos*. Op. Cit. pág. 116.

Comisión, así como a cinco de los diez vocales que integran su Junta de Gobierno, lo que le da preeminencia en dicho cuerpo colegiado.

De acuerdo con el anterior análisis, la CNBV tiene una relación de subordinación jerárquica con la SHCP. Sin embargo, se debe también realizar el análisis respecto de las autonomías técnica y administrativas.

En este sentido y en conformidad a la LCNBV, la Comisión mantiene autonomía técnica y administrativa (sin perder su relación jerárquica con la SHCP), que se manifiesta en las siguientes facultades:

- Las resoluciones que aprueba su Junta de Gobierno no requieren la aprobación de la SHCP y por consiguientes, son ejecutivas.
- Cuenta con su propio Reglamento Interior.
- Cuenta con la representación de su Presidente.
- Su presupuesto es independiente del de la SHCP.
- El presidente de la CNBV nombra y remueve a todo el personal de la Comisión; a los directores generales lo hace con la aprobación de la Junta de Gobierno.
- Emite sus propias resoluciones para el ejercicio de las facultades que la Ley le otorga.
- Establece mecanismos de coordinación con otros órganos de supervisión del sistema financiero, nacional e internacional.
- Impone sanciones con la aprobación de su Junta de Gobierno.

Otro aspecto que se debe analizar, para la determinación de la naturaleza jurídica de la CNBV, es respecto a la personalidad jurídica y patrimonio propio. En este sentido y a pesar de que la Comisión exterioriza con sus actos jurídicos-administrativos capacidad jurídica y tiene órganos de representación propios (a través de su presidente), no cuenta con personalidad jurídica y por ende con patrimonio propio, toda vez que dicha personalidad, de conformidad con el artículo 25, fracción II del CCF, debe ser reconocida por ley.

La carencia de estos atributos impide considerar la posibilidad de que la CNBV tenga la naturaleza jurídica de los organismos descentralizados, ya que por definición legal, éstos deben contar con personalidad jurídica y patrimonio propio.⁷⁸

Así las cosas, se afirma que la CNBV reúne las características esenciales que de acuerdo con la Ley y la doctrina deben tener los órganos desconcentrados, salvo que no se trata de una unidad administrativa de la SHCP, sino de un organismo público dependiente jerárquicamente de la misma, que administra un presupuesto independiente del que tiene el resto de la Federación, carece de personalidad jurídica y patrimonio propio, mantiene autonomía técnica y administrativa y cuenta con competencia para actuar en materia de supervisión de bancos y de otras entidades financieras dentro del territorio nacional.

Por dichas características, la naturaleza jurídica de la CNBV vendría a ser la de un organismo público desconcentrado de la SHCP; sin embargo, en virtud de que tal figura no se encuentra contemplada en la legislación jurídico-administrativa, por razones de mayor afinidad cabe encuadrar a la CNBV como órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal, en los términos del artículo 17 de la LOAPF y de su propia Ley.

B. Organización.-

Establecidos que conforme a la actual legislación administrativa, la CNBV es un órgano desconcentrado de la SHCP. Sin embargo, de acuerdo a su propia naturaleza, nació investida de "autonomía técnica para el ejercicio de sus facultades".⁷⁹ Esta característica de la CNBV se traduce, entre otras, en la de nombrar y remover a los funcionarios; contar con sus propios órganos de gobierno y administrativo, y especialmente, en la de tener separación orgánica, administrativa y técnica respecto de la SHCP.

El régimen de organización de la CNBV está señalado en el Título Segundo de la LCNBV y particularmente en su Reglamento Interior. Hay que tener en cuenta que todo el texto de la LIC y de la LCNB esta plagado de referencias a la CNBV y a sus funciones y, en especial, el Capítulo II del Título Séptimo de la LIC sobre el régimen de supervisión, inspección y vigilancia del sistema bancario.

⁷⁸ Véanse el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y el artículo 14 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

⁷⁹ Eduardo Mayet Van Vollenhoven, "Estructura orgánica, delegaciones regionales y régimen presupuestal" en *Comisión Nacional Bancaria*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 123.

La estructura de la CNBV se organiza en dos niveles: (i) Un órgano rector que es la Junta de Gobierno de la propia CNBV, y (ii) La organización ejecutiva de la CNBV, presidida por el Presidente y estructurada en forma de direcciones, de las cuales, se distingue entre el personal de carácter directivo y el personal de carácter no directivo.

El organigrama de la CNBV a lo largo de su historia nos permite distinguir dos tipos de divisiones: por un lado, las áreas operativas que se ocupan de las entidades financieras que actúan en el sistema financiero (principalmente las instituciones de banca múltiple) y de los distintos segmentos del propio sistema, esto es, del sector bancario y del no bancario. Además, existe una área de inspección que se especializa no tanto por el sector o los sujetos a los que supervisa, sino, por ser la encargada de la vigilancia preventiva, se realiza de forma integral de aquellos en el sistema financiero y, de la propuesta y tramitación de los expedientes sancionadores. En segundo lugar, se encuentran una serie de áreas de apoyo, entre las cuales, se mencionan las de servicios jurídicos, de normatividad, de administración, de informática, de estudios técnicos, de comunicación, relaciones internacionales, etc.

A continuación, se hará una breve referencia a la estructura que de acuerdo al artículo 10 de LCNBV cuenta la CNBV.

La CNBV cuenta con la siguiente estructura:

- I.- Junta de Gobierno.
- II.- Presidencia.
- III.- Vicepresidencias.
- IV.- Contraloría Interna⁸⁰
- V.- Direcciones Generales.
- VI.- Demás unidades administrativas necesarias.

En lo que respecta a la Junta de Gobierno de la CNBV, según lo establece el artículo 11 de LCNBV, ésta como órgano colegiado estará integrada por diez vocales, más el Presidente de la Comisión (quién será también de la Junta de Gobierno) y dos Vicepresidentes de la propia Comisión que aquél designe, siendo un total de trece miembros.

La SHCP tiene la mayor representación en la Junta de Gobierno, ya que está por disposición legal obligada a designar a cinco de los diez vocales y a sus respectivos suplentes.

⁸⁰ Mediante la reforma a la LOAPP publicadas en el DOF el 24 de diciembre de 1996, corresponde a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, según el artículo 37, fracción XII, el designar y remover a los titulares de los órganos internos de control de

El BANXICO nombra a tres vocales y a sus respectivos suplentes, la participación de estos funcionarios a nuestro juicio es importante ya que le permite al banco central analizar las diversas medidas que adopte la CNBV y sus repercusiones en la política monetaria, así como también en el sistema de cambios y de pagos del país, sin omitir el carácter técnico que esto implica al ser el instituto central el encargado de regular lo relativo a las operaciones que realicen los intermediarios financieros.

La CNSF y la CONSAR designan cada una un vocal y su respectivo suplente. La participación de estos funcionarios permite la oportunidad de uniformar criterios de supervisión entre las tres comisiones.

La CNBV nombra a tres vocales y sus respectivos suplentes, entre ellos están el Presidente de la Comisión y dos Vicepresidentes designados por el Presidente de la propia Comisión.

De conformidad con el artículo 11 de la LCNBV, los vocales que integran la Junta de Gobierno de la CNBV deberán ocupar, cuando menos, el cargo de director general de la Administración Pública Federal o su equivalente.

Las resoluciones y las recomendaciones que aprueba la Junta serán comunicadas después de cada sesión a la SHCP. Sus acuerdos serán ejecutivos y corresponderá al Presidente, en ejercicio de sus atribuciones, darles oportuno cumplimiento.

En lo que se refiere al Presidente de la CNBV, según lo establece el artículo 14 de LCNBV, es la máxima autoridad administrativa de la Comisión; es designado por el Secretario de Hacienda y Crédito Público. Ejercerá sus facultades, mismas que están señaladas en el citado artículo, y sus funciones directamente o por medio de los vicepresidentes, los directores generales, los delegados y demás servidores públicos de la misma Comisión.

En opinión del doctor Jesús De la Fuente Rodríguez, el Congreso de Unión debería nombrar al Presidente de la CNBV por un período de seis años, pudiendo ser designado más de una vez.⁸¹ Por lo que respecta a mi opinión, considero que éste deberá ser designado por el Congreso de Unión pero con base a una terna propuesta por el Ejecutivo Federal en términos similares al procedimiento señalado en el artículo 96 de la CPEUM para la designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que, por tratarse de un cargo de trascendental relevancia el del Presidente de la CNBV al detentar en sus manos la supervisión de

las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República, así como de las áreas de auditorías, quejas y responsabilidades de tales órganos, quienes dependerán jerárquica y funcionalmente de la misma.

⁸¹ Cfr. De la Fuente Rodríguez: *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. Op. Cit. pág. 173.

casi todo el sistema financiero, no se debería dejar al arbitrio del Secretario de Hacienda y Crédito Público su nombramiento tal y como lo prevé la disposición legal vigente.

Por lo que respecta a los requisitos que deberá reunir el Presidente de la Comisión señalados en el artículo 15 de LCNBV, consideramos que la experiencia necesaria (haber ocupado, por lo menos durante cinco años, cargos de alto nivel en el sistema financiero mexicano o en las dependencias, organismos o instituciones que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera) y la reconocida calidad moral (no haber sido condenado por sentencia irrevocable por delito intencional que le imponga más de un año de prisión, y si se tratare de delito patrimonial, cometido intencionalmente, cualquiera que haya sido la pena, ni inhabilitado para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o en el sistema financiero mexicano) debería ser compatible con lo previsto en el párrafo primero del artículo 24 de la LIC para el nombramiento de los directores generales de las instituciones de banca múltiple en el sentido que "cuenten con elegibilidad crediticia" en la inteligencia que no exista un conflicto de intereses entre el funcionario supervisor y la entidad supervisada.

En la línea directa dependen de la Presidencia las Vicepresidencias, así como la Coordinación de Presidencia y demás áreas de apoyo tales como la Unidad de Estudios Especiales, la Coordinación de Investigación y Desarrollo y la Coordinación de Delegaciones Regionales.

Las Vicepresidencias de la CNBV se integran las funciones de supervisión de todos los sectores financieros que están bajo la responsabilidad de la CNBV. Las funciones de inspección y vigilancia (se establecerá en el siguiente capítulo un mayor abundamiento sobre ésta función de la CNBV) se engloban en el concepto de supervisión integral, a través del esquema denominado MACRO y cuyo significado es: Manejo de fondos (activos y pasivos), Adecuación de capital, Calidad de los activos, Rentabilidad y Organización y administración, así como con las recomendaciones del Banco de Pagos Internacionales (BIS).

En el artículo 15 del RICNBV se expresa que las Direcciones Generales de la CNBV estarán integradas por los Directores Generales, Directores, Subdirectores, Jefes de Departamento, Visitadores, Generales y demás personal técnico y administrativo adscrito.

C. Facultades.-

Las atribuciones y funciones de la CNBV y de sus diferentes órganos de estructura administrativa son múltiples y amplísimas, mismas que están distribuidas y fijadas en diversas disposiciones legales de orden general y especial.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2 de la LCNBV, las funciones de la CNBV abarcan, con carácter general, la supervisión, regulación e inspección del sistema financiero, así como las actividades de cuantas personas físicas y morales se relacionan en el tráfico del mismo, con el propósito de conseguir la transparencia del sistema, su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del mismo en protección de los intereses del público.

En este orden de ideas y en concordancia con el objeto del presente trabajo, considero que una de las principales atribuciones de la CNBV derivadas de la atribución *in genere* de supervisar y regular a las instituciones de banca múltiple señaladas en la LIC y en la LCNBV, son las de inspección y vigilancia, mismas que serán analizadas en el siguiente capítulo.

Por lo que respecta a este apartado, se observara de manera breve las funciones generales de la CNBV, y posteriormente, las de cada una de sus órganos de gobierno.

Con base al artículo 4 de la LCNBV corresponde a la Comisión, como autoridad supervisora del sistema bancario, las siguientes atribuciones:

1. Emitir disposiciones de regulación prudencial a que se sujetarán las instituciones de banca múltiple, mismas que están orientadas a preservar la liquidez, solvencia y estabilidad de éstas.
2. Fijar reglas para la estimación de los activos y, en su caso, de las obligaciones y responsabilidades de las entidades, en los términos que señala la LIC.
3. Emitir disposiciones de carácter general que establezcan las características y requisitos que deberán cumplir los auditores de las instituciones de banca múltiple, así como sus dictámenes en conformidad con el artículo 101 de la LIC.
4. Establecer los criterios respecto a la oferta pública de valores, así como de aquellos de aplicación general en el sector financiero acerca de los actos y operaciones que se consideren contrarios a los usos mercantiles, bancarios y bursátiles o sanas prácticas de

los mercados financieros y dictar las medidas necesarias para que las entidades ajusten sus actividades y operaciones a las leyes que les sean aplicables, a las disposiciones de carácter general que de ella deriven y a los referidos usos y sanas prácticas.

5. Fungir como órgano de consulta del Gobierno Federal en materia financiera.

6. Procurar, a través de los procedimientos establecidos en las leyes que regulan al sistema financiero, que las instituciones de banca múltiple cumplan debida y eficazmente las operaciones y servicios, en los términos y condiciones concertados con los usuarios de servicios financieros.

7. Autorizar o aprobar los nombramientos de consejeros, directivos, comisarios, comisarios independientes y apoderados de las entidades, en los términos de la LIC.

8. Determinar o recomendar que se proceda a la amonestación, suspensión, veto o remoción y, en su caso, inhabilitación de los consejeros, directivos, comisarios, delegados fiduciarios, apoderados, funcionarios y demás personas que puedan obligar a las instituciones de banca múltiple, de conformidad con lo establecido en la LIC y demás leyes especiales.

9. Ordenar la suspensión de operaciones de las instituciones de banca múltiple de acuerdo a lo dispuesto en la LCNBV.

10. Intervenir administrativa o gerencialmente a las instituciones de banca múltiple.

11. Investigar aquellos actos de personas físicas, así como de personas 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.

12. Ordenar la suspensión de operaciones, así como intervenir administrativa o gerencialmente según se prevea en las leyes, la negociación, empresa o establecimiento de personas físicas o a las personas morales que, sin la autorización correspondiente, realicen actividades que la requieran en términos de las disposiciones que regulan a las entidades del sector financiero, o bien proceder a la clausura de sus oficinas.

13. Imponer sanciones administrativas por infracciones a las leyes que regulan las actividades, entidades y personas sujetas a su supervisión, así como a las disposiciones que emanen de ellas.

14. Emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de las facultades que la LCNBV y demás leyes le otorgan y para el eficaz cumplimiento de las mismas y de las disposiciones que con base en ellas se expidan.

Por lo que se refiere a las funciones de los distintos órganos que conforman la estructura de la CNBV y están relacionadas con las labores de supervisión y regulación (*in genere*) mencionaremos exclusivamente las de su Junta de Gobierno y Presidente.

La Junta de Gobierno de la CNBV, como máxima autoridad, conoce de la operación de la misma, y en forma particular, de los asuntos que por su trascendencia tengan relevancia en el sector financiero. Se cita entre las facultades señaladas en el artículo 12 de LCNBV las siguientes:

- 1.- Aprobar y autorizar los nombramientos de consejeros, directivos, comisarios y apoderados de las instituciones de banca múltiple en los términos que establezca la LIC.
- 2.- Acordar la intervención administrativa o gerencial de las instituciones de banca múltiple.
- 3.- Imponer sanciones administrativas por infracciones a las leyes que regulan las actividades, entidades y personas sujetas a supervisión.
- 4.- Emitir las disposiciones de carácter general para el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia, prevención y corrección.
- 5.- Aprobar el establecimiento de programas preventivos y de corrección de cumplimiento forzoso para las entidades financieras, tendientes a eliminar irregularidades.
- 6.- Acordar los términos en que se cumplimentarán las solicitudes del Banco Central, la SHCP o el IPAB de garantizar los depósitos bancarios, para proporcionar información sobre la situación de las entidades, así como para la realización de visitas de inspección a estas últimas.
- 7.- Emitir las normas relativas a capitalización, diversificación y administración de riesgos, calificación y provisionamiento de la cartera de créditos, valuación y estimación de activos, obligaciones y responsabilidades a que se sujetarán las entidades de conformidad con las

leyes, así como cualquier otra de carácter prudencial que determine la propia Junta de Gobierno.

8.- Emitir reglas a que deberán sujetarse las instituciones de crédito en su modalidad de banca múltiple al realizar operaciones con sus accionistas, consejeros, directivos, empleados y demás personas relacionadas, de conformidad con lo establecido en las leyes.

9.- A propuesta del Presidente de la Comisión, designar interventor de las entidades en los supuestos previstos en las leyes, así como acordar su remoción, sin perjuicio de lo establecido en la fracción II del artículo 16 de la LCNBV.

Respecto de las facultades del Presidente de la CNBV, como máxima autoridad administrativa, mismas que se ejercen de manera directa o por medio de los servidores públicos de la misma, se señalan, en conformidad con el artículo 16 de la LCNBV, las siguientes:

- 1.- Las funciones de Inspección y vigilancia de las instituciones de banca múltiple.
- 2.- Designación de interventores.
- 3.- Imposición de sanciones.
- 4.- Ejecutar los acuerdos de la Junta de Gobierno.
- 5.- Informar a la Junta de Gobierno sobre las labores de las oficinas a su cargo y obtener su aprobación para todas las disposiciones de carácter general que crea pertinente.

Por lo que se refiere a los vicepresidentes, las facultades y deberes se establecen en el artículo 14 del RICNBV, mismas que señalamos a continuación:

- 1.- Informar al Presidente sobre el desarrollo de las actividades de las unidades administrativas adscritas.
- 2.- Supervisar el cumplimiento de los programas anuales de labores de sus respectivas áreas.
- 3.- Resolver los asuntos especiales que se planteen como resultado de sus funciones.

4.- Preparar los informes que deban someterse a la consideración y aprobación de la Junta de Gobierno.

5.- Programar, coordinar y dirigir las actividades de las unidades administrativas a ellos adscritos, conforme a las políticas y lineamientos que determine la Presidencia.

6.- Recibir en acuerdo a los titulares de las unidades administrativas de su adscripción, así como ejercer las funciones y resolver los asuntos que sean competencia de las mismas, sin perjuicio del ejercicio que de sus propias atribuciones hagan aquellos.

Por último, se debe mencionar que la CNBV en el ejercicio de sus facultades y atribuciones, al resolver sobre diversas materias relacionadas con la supervisión bancaria, como son las de inspección y vigilancia, intervención administrativa, imposición de sanciones, protección de los intereses del público, etc., tiene competencia federal; por consiguiente, cubre todo el territorio nacional.

4.- Banco de México (BANXICO).-

Aun cuando el origen de la banca central se remonta al año de 1694 con la constitución del Banco de Inglaterra, el jurista Borja Martínez expresa que en sus inicios los bancos centrales carecieron de una naturaleza propia y específica que los diferenciara de los bancos en su sentido genérico⁸², por tanto, para llegar a un concepto general de banco central, esto es, para desentrañar la esencia, es decir, "aquello por lo que una cosa es lo que ella es, y, consiguientemente, lo que la diferencia de todo lo que no es ella"⁸³, se establece que lo será a través de considerar sus funciones. En este sentido, se puede afirmar que los bancos centrales modernos se remontan al siglo XIX, cuando empezaron a definirse sus funciones en una economía de dinero fiduciario y bancos comerciales, sin que existiera hasta ese momento, según Michiel Hendrik de Kock⁸⁴, un concepto claramente definido de banco central.

Es por ello que resulta difícil encerrar en una definición el concepto de banca central, pues sus funciones y objetivos, aunque similares en algunos aspectos, varían de país a país.

De igual forma, se debe agregar el hecho que entre la doctrina jurídica y especialmente en los economistas, no hay coincidencias respecto al objetivo primario que deba seguir el instituto

⁸² Cfr. Borja Martínez, Francisco: *El Banco de México*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pág. 24.

⁸³ Preciado Hernández, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial UNAM, México, 1984, pág. 117.

central y, menos aún, respecto a sus particularidades. Sin embargo, en los últimos años parece haber mayor consenso en torno a que los objetivos de la banca central se han definido con más rigor alrededor de la consecución del mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda.

Al tener como función primaria el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda, se señala que existe una posición estratégica de los bancos centrales al ser considerados como ejes del sistema financiero, ya que entre sus funciones económicas concomitantes están las de ser emisores únicos de la moneda nacional, prestamistas de última instancia, controladores de las reservas bancarias y administradores de las reservas de activos internacionales; así también, por la capacidad que tienen (en el ejercicio de la política monetaria) para influir sobre el tipo de cambio y las tasas de interés, desempeñando un papel decisivo sobre la estabilidad del sistema financiero y la eficacia del sistema de pagos.

Alcanzar dichos objetivos se entiende como la mejor manera a través de la cual, dadas las características de los instrumentos de política monetaria y financiera, el banco central y el sistema financiero nacional pueden contribuir mejor al desarrollo económico.

Por lo que respecta a México, sin que se observen los antecedentes y desarrollo del banco central, se puede afirmar que el BANXICO (nombre que tiene en nuestro derecho positivo este instituto central) desde sus inicios (1925) se constituyó con las funciones básicas e inherentes a un banco central⁸⁴, sobre todo, al tener como objeto -entre otros-, emitir billetes, regular la circulación monetaria, los cambios sobre el exterior y la tasa del interés⁸⁵. Sin embargo, no sólo se caracterizó por estas funciones, ya que operó como un banco comercial, adquiriendo de manera gradual el perfil distintivo de instituto central.

A raíz del Tratado Maastricht y, especialmente con la Unión Europea y el fenómeno de la "globalización", tomó importancia en la doctrina jurídica-económica la tendencia del nuevo papel de los bancos centrales para el ejercicio de sus funciones: su mayor independencia del gobierno. En este sentido, la naturaleza de organismo autónomo que prevé nuestro ordenamiento jurídico, corresponde, de forma general, con las nuevas concepciones que existen en el ámbito mundial, principalmente porque de esta manera se puede garantizar con mayor eficiencia la función prioritaria, ya mencionada, consistente en la de "procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional" (artículo 28 de la CPEUM), y así, fortalecer la rectoría del desarrollo nacional correspondiente al Estado (artículo 25 de la CPEUM).

⁸⁴ De Kock, Michiel Hendrik: *Banca Central*, Cuarta edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pág. 34.

⁸⁵ Ley que crea el Banco de México, publicada en el *Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos* el 31 de agosto de 1925.

⁸⁶ Artículo 1ro. de la Ley que crea el Banco de México publicada el 31 de agosto de 1925 en el *Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos*.

Así las cosas, y de acuerdo a las funciones generales de los bancos centrales, me quedo con la siguiente definición que proporciona Francisco Borja Martínez: "es la institución pública de carácter financiero que, fungiendo como centro de los sistemas monetario y bancario de un país, tiene a su cargo instrumentar la política monetaria del Estado, ya sea que ésta la establezca el propio banco o el gobierno; fomentar el sano desarrollo del sistema general de crédito; aplicar la política cambiaria y, dentro de esto último, proveer a la adecuada situación de las cuentas internacionales"⁸⁷.

A. Naturaleza jurídica.-

La naturaleza jurídica del BANXICO ha variado a lo largo de su existencia, misma que va desde una sociedad anónima de participación estatal mayoritaria, pasando por la etapa de organismo público descentralizado, hasta su actual concepción en donde se define como persona de derecho público, con carácter autónomo, en el ejercicio de sus funciones y administración.

En efecto, por Decreto publicado en el DOF del 20 de agosto de 1993, se reformó el artículo 28 de la CPEUM y se consigné la creación de un banco central autónomo.

La tendencia en los últimos años respecto al carácter que deberán tener los bancos centrales dentro del sistema financiero es hacia el fortalecimiento como instituciones independientes de la administración central del gobierno.

Lo anterior me lleva necesariamente a realizar un análisis de su naturaleza jurídica en el ámbito de nuestro derecho positivo vigente.

Como se mencionó con antelación, la vigente LBM en su artículo 1ro. determina la naturaleza jurídica del banco central al considerarlo como una "persona de derecho público con carácter autónomo" en el ejercicio de sus funciones y en su administración.

No cabe duda de que si bien las leyes son el fundamento y la referencia obligada al momento de citarlas en un trámite administrativo o ante un tribunal, las exposiciones de motivos que anteceden a las iniciativas son muchas veces la razón sustantiva que da soporte a ese conjunto de preceptos que llegan a ser normas de derecho positivo. Así las cosas, las mismas

⁸⁷ Borja Martínez. *El Banco de México. Op. Cit.* pág. 27.

pueden resultar de gran ayuda para aquellas personas que deseen fundamentar y dar el sentido correcto a la interpretación jurídica que sobre estas últimas requiera hacerse.

En nuestra opinión, no todas las exposiciones de motivos son cualitativamente buenas, sino por el contrario, sirven sólo para introducir nuevas leyes o propuestas de adiciones y reformas a legislaciones ya existentes. Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar (aun cuando hemos hecho referencia a la misma en otras ocasiones) la Exposición de Motivos que antecedió a la LIC en mayo de 1990.

En lo que respecta a la Exposición de Motivos que conseguiría la reforma a los artículos 28, 73 y 123 de la CPEUM respecto de la organización y funcionamiento del BANXICO, tiene el mérito de hacer una reseña histórica, objetiva y breve sobre la esencia y función prevista para el desarrollo de nuestra banca central, de ser una síntesis de los problemas macroeconómicos que más afectaron a México durante largo tiempo, así como su interacción con la política monetaria y las funciones del banco central, así también, los fundamentos que hacían necesaria la reforma y la manera de llevar ésta a cabo. De ahí que observemos a continuación la Exposición de Motivos de la reforma constitucional en materia de banca central de 1993 para su análisis y de esta manera desentrañar la *ratio iuris* en torno a su nueva naturaleza jurídica.

Señala la citada Exposición de Motivos que en un principio, "... el Banco de México, nuestro banco central, se creó cumpliendo un mandato contenido en la Constitución Política de 1917...", terminando así con un problema de antaño personificado en las diversas instituciones emisoras de billetes en beneficio y protección de los intereses nacionales. En el México de esa época, el hecho de que hubiera diversas instituciones emisoras de billetes representaba serios problemas para el público, ya que entre otras cosas, casi ninguno de los billetes de los bancos con derecho de emisión eran canjeables por instituciones financieras fuera de las regiones de influencia de esos bancos. Además, cuando los canjeaban, era normal que el canjeador les diera un valor distinto al nominal, causándole al portador un quebranto económico. De lo anterior, se desprende la originaria función del banco central en nuestro sistema bancario.

Para el año de 1925, el Presidente Plutarco Elías Calles hizo clara la necesidad de armonizar el control gubernamental con la suficiencia autonomía del banco central, evitando en todo momento que predominase el interés político sobre el público. Estos principios se reflejaban entre otros, en normas que tenían relación con el control por parte del gobierno en el capital de la institución, al darle a ésta la mayoría, la facultad de nombrar y remover a la mayor parte de los miembros del consejo de administración y, por último, la facultad de veto para ciertos casos en poder del Secretario de Hacienda y Crédito Público. Se puede observar con ello un incipiente interés en cómo se perfiló la autonomía del banco central.

La Exposición de Motivos en comento prosigue haciendo referencia a otras características de consideración que complementaban a esta regulación de finales de los años veinte, tales como la imposibilidad de funcionarios públicos para ser consejeros del banco, o bien, la limitación del crédito al gobierno, el cual, era cuantificado en términos de un 10% del capital pagado de la institución.

La regulación del BANXICO que estuvo vigente a partir de 1941 estableció una serie de controles que eran factibles de eludirse. Al respecto, la Exposición de Motivos establece que:

"La limitación consistía en que la suma de los billetes en circulación más las obligaciones a la vista y en moneda nacional de la institución, no deberían exceder más de cuatro veces su reserva en oro, plata y divisas. Sin embargo, cuando ocurría la depreciación del peso se hacía nugatoria tal restricción, toda vez que dicha acción hacía posible incrementar el valor en moneda nacional de la citada reserva".

Después de observar lo señalado en los párrafos precedentes, vemos cómo ha sido considerado y previsto en nuestro derecho positivo el financiamiento al gobierno por parte del banco central, función característica que desempeñó el banco central y elemento discutido para definir la autonomía.

Asimismo, al reflexionar sobre la naturaleza jurídica que tenía el BANXICO, establece que desde su fundación como banco central en el año de 1925 donde predominaron muchas formas de administración de carácter mercantil, hasta el año de 1984, apenas tres años después de la histórica estatización de la banca, debido a que era evitable la falta de adecuación real y práctica que tal estructura jurídica representaba para la institución, se adoptó la conveniencia de cambiar su naturaleza jurídica transformándose en organismo descentralizado del propio Gobierno.

Sin lugar a dudas, la *Ley Orgánica del Banco de México* de 1984 representó un gran avance en materia de regulación y facultades de la banca central en México, ya que además de modificar su naturaleza jurídica, se establecieron normas de financiamiento al gobierno más adecuadas, tales como la adopción de criterios en materia de crédito primario, aunque sin establecer a éste un límite definitivo.

La Exposición de Motivos que se analiza concretiza en dos puntos específicos aquello que se considera como las dos preocupaciones constantes en todas regulaciones dictadas sobre esta materia: (1) la vinculación entre el flujo del crédito por parte del banco central y la evolución en los

precios y, (2) la relación entre la falta de control del crédito por parte del BANXICO y las escaladas inflacionarias.

La situación descrita con anterioridad establece la mayoría de los argumentos que sustenta la Exposición de Motivos en comento: la redistribución regresiva del ingreso y de la riqueza; la erosión del poder adquisitivo del dinero, situación que afecta en mayor medida a las personas de escasos recursos económicos por tener éstos un alto porcentaje de sus ingresos en billetes y monedas. De ahí que el Ejecutivo Federal haya adoptado el compromiso de evitar a toda costa la "recurrencia" de tales fenómenos.

Es importante destacar que situaciones de Incertidumbre económica como la que efectivamente ha vivido México durante muchos años, inhibieron a las inversiones, nacionales y extranjeras, debido a la imposibilidad práctica que éstas tuvieron para evaluar los costos y beneficios de proyectos específicos.

Desde otra perspectiva, el fenómeno inflacionario trajo como resultado que las tasas de interés, aunque elevadas en términos nominales, fueron negativas en términos reales, lo cual, originó que los ahorradores, una vez percatados de lo ambivalente de la situación, exigieran altas tasas pasivas para mantener su dinero en el sistema bancario.

Además, la situación prevaleciente afectaba las expectativas de las partes en contratos cuyo vencimiento fuera en periodos prolongados, lo cual, hacía necesario su renegociación a fin de mantener constante el valor real de las prestaciones pactadas. Esta situación, así como la celebración de contratos a corto plazo, generaron en la economía una atmósfera de incertidumbre que inhibió el desarrollo socioeconómico de México.

Sin embargo, considero que uno de los aspectos más graves que pueden darse en una economía con inflación alta es el hecho de que por falta de confianza en la política económica, la moneda nacional deje de utilizarse (debido a la pérdida de sus funciones en cuanto ser medios generales de cambio, instrumentos generales de pago y de reservas de valor⁸⁸). Tal y como se fundamenta en la Exposición de Motivos, esa pérdida forma parte de las consecuencias inflacionarias en los reglmenes de moneda fiduciaria como el mexicano.

Con base en los anteriores efectos, la Exposición de Motivos plasma como objetivo y compromiso el "...procurar la estabilización del nivel general de precios..."

De entre las medidas de política económica que se escogieron para estabilizar el nivel general de precios, destacamos el saneamiento de las finanzas públicas (entre éstas la amortización de la deuda pública interna, la esterilización monetaria⁸⁹ y la venta de empresas públicas), medida que constituyó el requisito *sine qua non* que hizo viable en la práctica la transformación del BANXICO en un banco central autónomo.

La separación de las funciones de fabricación y puesta en circulación del dinero otorgadas al BANXICO, de aquellas que son propias de las autoridades que tienen que ver con el gasto de los recursos del Erario de la Federación, sólo puede ser viable si este último cuenta con sanas finanzas públicas. Como ejemplo opuesto a esto, tenemos la experiencia económica de Brasil, en donde las autoridades han sustituido varias veces los signos monetarios sin alcanzar un control aceptable de la inflación.

Más adelante, la Exposición de Motivos referida plantea que la reforma constitucional en materia de banca central, le permitirá al banco procurar, sobre cualquier otra finalidad, la estabilidad de precios, comprometiéndose a esto en el largo plazo como un objetivo de política monetaria e instituyendo un contrapeso real respecto de futuras situaciones creadas, tanto por el Gobierno Federal como por los particulares, que pretendan dar lugar a escaladas inflacionarias.

Además, señala los criterios prioritarios que le permitirán a la población evaluar el desempeño del BANXICO, tales como los índices inflacionarios y la previsibilidad de la política monetaria. En este sentido, cabe hacer hincapié en la transformación de una serie de facultades en materia económica previamente atribuidas al Ejecutivo Federal por la CPEUM que están ahora depositadas en esa institución, mismas que tuvieron como fin el de procurar el ya citado objetivo esencial (debe mencionarse que la estabilidad de precios no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para lograr, en forma sostenida, una equidad social y el desarrollo económico), hecho que causó un precedente importante en la historia de un país como México al gozar de un marcado perfil presidencialista.

Esta serie de argumentos se ven reforzados por estudios comparativos que muestran, continúa la Exposición de Motivos, que países con bancos centrales autónomos logran tasas de inflación bajas. De ahí que países como Chile y Nueva Zelanda y en fecha posterior Francia hayan adecuado el marco regulatorio de sus bancos centrales en esta dirección.

⁸⁸ Cfr. Borja Martínez, Francisco: *Derecho Monetario*, Panorama del Derecho Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial UNAM y McGraw-Hill, México, 1997, pág. 2.

⁸⁹ Decreto por el que se crea una nueva Unidad del Sistema Monetario de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 22 de junio de 1992.

La instrumentación de estas nuevas atribuciones, principalmente enmarcadas en el artículo 28 de la CPEUM, se producen al reubicar, ahora bajo la esfera jurídica del BANXICO en su carácter de entidad de derecho público autónomo, las actividades de emisión de billetes y de acuñación de monedas y puesta de ambas en circulación, actividad estratégica y reservada al Estado.

De lo antes expuesto, la Exposición de Motivos que tratamos, hace una semblanza de ciertos lineamientos que constituyen los presupuestos esenciales que deberá contener la reforma al artículo 28 constitucional, mismos que se reflejaron en la LBM.

El primero de estos lineamientos lo constituye la facultad exclusiva del banco central respecto de la determinación y manejo de su propio crédito, así como la imposibilidad de que alguna autoridad le pueda ordenar la adquisición de valores, el otorgamiento de crédito o financiamiento.

A consecuencia de la evolución tan dinámica que han sufrido los sistemas financieros, era necesario adecuar el marco constitucional que facultaba al BANXICO y al Congreso de la Unión tan solo a supervisar los servicios de banca y crédito. De ahí que la reforma planteara la futura regulación del crédito, los cambios y la prestación de servicios financieros en los términos establecidos en la legislación. El tema resulta trascendental debido que plantea los cimientos de lo que se conoce como la coordinación de las políticas del banco central con la política económica general del Gobierno Federal.

Por otra parte, se le reconoció al BANXICO el carácter de autoridad tanto cuando actúe en el mercado en el ejercicio de sus facultades, como cuando constate la observancia de las reglas establecidas por los participantes y así poder sancionarlos en caso de incumplimiento. Estas características constituyeron un avance, debido a que en la Constitución hasta ese momento vigente, sólo se le reconocía esta potestad para efectos de la emisión de billetes.

Otro factor de importancia lo constituye el nombramiento y la remoción de los directores de la Institución. La iniciativa prevé, en el primer caso, que sea el Ejecutivo Federal quien designe a estos individuos con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente (hecho que constituye un nuevo caso de colaboración de poderes en nuestro régimen constitucional), así como su remoción por causas graves en el segundo de los supuestos. La renovación escalonada de los directores, así como los plazos extensos de gestión, constituyen elementos adicionales que refuerzan la autonomía de la institución.

Como hemos visto, la Exposición de Motivos de la reforma constitucional en materia bancaria y posteriormente reflejado en la LBM, al crearse este ente del derecho se adoptó como razón importante el carácter de autonomía en todos sus aspectos.

Ahora bien, en el ejercicio del cúmulo de atribuciones del Estado en materia económica, la política macroeconómica ("medidas gubernamentales destinadas a influir en el comportamiento de la economía en su conjunto"⁹⁰) de un país con economía de libre mercado como el nuestro, se divide en tres grandes instrumentos o variables que tienen por finalidad lograr el bienestar social: política monetaria, política cambiaria y política fiscal; mismas que están encomendadas a distintos órganos o instituciones gubernamentales para lograr un sostenido crecimiento económico mediante la maximización racional y eficiente de recursos escasos en condiciones de equilibrio⁹¹. En este sentido, de acuerdo a la tradicional división tripartita del los Poderes de un Estado, el Poder Ejecutivo históricamente ha sido el instrumento del Estado para conducir los destinos económicos de un país.

En México, con base al artículo 26 de la CPEUM el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional mediante la formulación de un plan nacional de desarrollo que estará a cargo del Ejecutivo Federal su establecimiento, formulación, instrumentación, control y evaluación.

Al observar que el BANXICO no se encuentran dentro del Gobierno, se podría pensar que se está ante un nuevo poder no contemplado en la Constitución, y que podría haber una contradicción o un conflicto con la teoría de la división de poderes.

Con la creación, en el ámbito de la estructura del Estado y especialmente desde la óptica de las políticas públicas ("el conjunto de concepciones, criterios, principios, estrategias y líneas fundamentales de acción a partir de las cuales la comunidad organizada como Estado, decide hacer frente a desafíos y problemas que se consideran de naturaleza pública"⁹²) de un banco central autónomo, el principio de separación de poderes del Estado se garantiza al constituirse una institución que conduzca la política monetaria libre de presiones políticas, fortaleciéndose de esta forma la teoría de pesos y contrapesos de los poderes del Estado.

Sin embargo, estos órganos constitucionales autónomos no se adscriben claramente a ninguno de los poderes tradicionales del Estado, de tal forma que representan una "evolución" en la

⁹⁰ Fischer Stanley, Dornbusch Rudiger y Schmalensee Richard. *Op. Cit.* pág. 524.

⁹¹ Cooter Robert y Ulen Thomas: *Derecho y Economía*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 24 y 25.

⁹² Decreto por el que se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. *Diario Oficial de la Federación*, 30 de mayo del 2001, Segunda sección, pág. 34.

teoría clásica de la división de poderes ya que con ello no se violentan los principios democráticos o constitucionales, en este sentido, el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006 dentro de sus estrategias para lograr el Objetivo rector 1 denominado "conducir responsablemente la marcha económica del país" señala el coordinar la política fiscal con la política monetaria y "reitera su respaldo a la autonomía del Banco de México y a su compromiso de abatir el déficit fiscal"⁹³.

Así las cosas, Andrés Bianchi define la autonomía del banco central como el cumplimiento básico que "en ejercicio de sus funciones el banco no reciba ni deba obedecer instrucciones del poder ejecutivo o del Congreso"⁹⁴, por tanto, si se observa el estatuto jurídico vigente del BANXICO, mismo que le otorga una naturaleza de persona de derecho público con carácter autónomo, señala con toda propiedad que el ordenamiento jurídico vigente guarda congruencia con las funciones públicas a su cargo y las atribuciones de autoridad que se le asignan.

Constituye otro requisito indispensable para desentrañar el grado de autonomía del BANXICO el que cuente con los recursos financieros indispensables para su propia organización. En este sentido, se observará lo relativo a su autonomía presupuestaria y lo referente a su régimen patrimonial.

Es facultad de la Junta de Gobierno, con base al artículo 46 fracción XI de la LBM, expedir las normas y criterios generales a los que se deberá sujetar la elaboración y el ejercicio del presupuesto de gasto corriente e inversión física del banco, así como aprobar ese presupuesto y las modificaciones que pudiera tener durante el ejercicio.

El monto y características de este presupuesto deben ser conocidos primeramente por el Congreso y el Ejecutivo Federal, de ahí que se determine que el BANXICO, con base al artículo 51 de la ley en comento, presente un informe sobre el presupuesto de gasto corriente e inversión física para el período correspondiente durante el mes de enero de cada año.

Respecto de las percepciones que deben recibir los integrantes del BANXICO, la referida ley establece dos criterios diversos: por una parte, esta ley en su artículo 49 establece un comité integrado por el Presidente de la CNBV y por dos personas nombradas con basta experiencia en el mercado laboral público y privado en el sector financiero mexicano, designadas por el Secretario de Hacienda y Crédito Público. El objeto que persigue el Comité es el de determinar el nivel de sueldos de los miembros de la Junta de Gobierno, para lo cual, se deberá tomar en cuenta la idoneidad y la

⁹³ *Idem.* pág. 84.

⁹⁴ Bianchi, Andrés: "Principios Generales de la Independencia del Banco Central", en *Testimonios sobre la actuación de la Banca Central*, Vol. 1, CEMLA, México, 1993, citado por Jesús De la Fuente Rodríguez, *Op. Cit.* pág.95.

preparación técnica y profesional con la que deben contar estos funcionarios, fundamentalmente, a la hora de decidir la contratación y conservación de los miembros de la Junta de Gobierno.

Este arreglo jurídico permite eliminar cualquier conflicto de intereses que pudiere suscitarse como consecuencia de que fuesen los propios integrantes de la Junta de Gobierno quienes determinasen el monto de sus prestaciones.

Por otro lado, respecto del personal restante de la institución, será la Junta de Gobierno y ya no el comité, quien determina, mediante tabuladores, sus ingresos, los cuales, no deberán ser superiores a los señalados para los miembros de la referida Junta de Gobierno, lo anterior con base a lo previsto en el artículo 46 fracción XVII de la LBM. Cabe señalar que la Ley en comento permite una excepción a la regla general, hipótesis que se actualiza en el momento en que, debido a la especialización de la actividad requerida por el BANXICO y las condiciones de mercado prevalecientes, requiera erogar mayores remuneraciones que las percibidas por los integrantes del órgano colegiado antes mencionado.

Como se ha mencionado, existe otro aspecto para medir la autonomía del BANXICO, el cual, tiene relación con el destino de las utilidades que, en su caso, genere la institución durante el ejercicio de sus funciones.

Respecto a su régimen patrimonial, con base al artículo 55 de la LMB vigente a partir del 1ro. de abril de 1994, se consigna que el banco es una institución sin propósito de lucro y debe entregar a la Tesorería del Gobierno Federal el importe íntegro del remanente de operación una vez constituidas las reservas previstas en la ley a más tardar durante el mes de abril del año inmediato posterior al ejercicio de que se trate, siempre y cuando la entrega de dicho remanente no implique reducir las reservas provenientes de la reevaluación de los activos.

Con el propósito de procurar una adecuada capitalización del banco, con base al artículo 53 de la LBM, dicho régimen previene asimismo que la institución, siempre que sea posible, debe preservar el valor real de la suma de su capital más sus reservas e incrementar dicho valor conforme aumente el producto interno bruto en términos reales. El banco también puede incrementar reservas excediendo esos límites cuando los aumentos resulten de la reevaluación de activos o así lo acuerde la SHCP. Esta última estipulación se debe a que la aplicación de dichos excedentes a las reservas disminuye el remanente de operación que, en principio, corresponde entregar al Gobierno Federal.

B. Organización.-

Aun cuando entre la mayoría de la doctrina jurídica se debate en torno al grado de autonomía que debe tener el banco central, existe particular coincidencia en lo que respecta a conferir el gobierno superior del banco a un órgano colegiado y encomendar a una persona física la conducción de las actividades cotidianas de la institución.

En el caso del BANXICO, para el cumplimiento de sus funciones y en conformidad con su Reglamento Interior, éste tiene la estructura siguiente:

- I.- Junta de Gobierno.
- II.- Gubernatura.
- III.- Sub-Gubernaturas.
- IV.- Contraloría.
- V.- Comisión de Responsabilidades.
- VI.- Direcciones Generales.
- VII.- Direcciones.
- VIII.- Gerencias.
- IX.- Cajero principal.
- X.- Coordinadores Generales.
- XI.- Subgerencias.
- XI.- Demás unidades establecidas en su Reglamento Interior para el desempeño de las funciones encomendadas en la ley.

En este apartado se observará lo referente a la designación del Gobernador y subgobernadores y remoción de los miembros de la Junta de Gobierno del BANXICO como aspecto importante y característico de la organización del banco central, ya que sobre este órgano recae la conducción del banco.

La designación de los miembros de la Junta de Gobierno del BANXICO, al igual que su remoción, ha sido prevista por primera vez en la historia de la institución a nivel constitucional, esto de conformidad al párrafo séptimo del artículo 28 de la CPEUM.

Respecto al método de nombramiento de estas personas, debemos apuntar que la CPEUM prevé un proceso sofisticado en el que el Ejecutivo Federal designa a sus miembros, con la aprobación de la Cámara de Senadores o, en los casos de receso de ésta, de la Comisión Permanente.

Hasta antes de esta disposición se carecía de procedimiento alguno para el nombramiento de los consejeros del banco central. Existían, acaso, mecanismos que permitían que los diversos grupos de accionistas recusaran a los consejeros nombrados por los representantes de las otras series de acciones (ver la leyes orgánicas del Banco de México de 1936 y 1941). Más aún, a partir de que el Gobierno Federal se hiciera accionista mayoritario de la institución y debido a los mecanismos societarios empleados en su administración, éste contaba con la facultad para nombrar a la mayoría de los consejeros, mismos que a su vez, por voto secreto, nombraban al Director General (artículo 17 de la *Ley Orgánica del Banco de México* publicada en el DOF de los Estados Unidos Mexicanos el 31 de agosto de 1936).

La *Ley Orgánica del Banco de México* de 1988 abrogada por la ahora vigente, tan solo mencionaba la facultad del Ejecutivo Federal para nombrar al Director General sin mayor trámite. De lo anterior, se desprende que no es sino hasta la legislación vigente, precedida de una reforma constitucional congruente con los principios de autonomía de la banca central utilizados en los principales bancos centrales del mundo, cuando se establece un mecanismo complejo, que entraña una colaboración de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, el cual, permite entre otros aspectos positivos, desvincular a la persona nombrada de un sentimiento de gratitud ante el Presidente de la República, así como la de procurar la auscultación del candidato a ocupar el puesto por el Poder Legislativo.

Otra característica que procura mantener la debida independencia funcional de la banca central respecto del Gobierno Federal, es aquella relativa al escalonamiento en la designación de los miembros de la Junta de Gobierno. En las sucesivas legislaciones que rigieron la actividad del BANXICO, no fue prevista disposición alguna en este sentido.

Anteriormente, la interpretación de la legislación positiva permitía renovar a la totalidad de los miembros del consejo de administración al término de su periodo. La *Ley Orgánica del Banco de México*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 31 de diciembre de 1984, prescribía que el nombramiento de la mayoría de los miembros de la Junta de Gobierno del banco se hiciera *ex officio*, lo que permitía la renovación de todos esos puestos al término de cada administración (con base al artículo 23 de la referida Ley, de los once miembros propietarios y suplentes, ocho lo eran en razón del cargo que tenían dentro de la Administración Pública Federal, sea dependencia, organismos o entidades, y tres de ellos de reconocida competencia en materia financiera, designadas por el Presidente de la República a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público, que no prestaran servicios de carácter laboral a las citadas dependencias, organismos y entidades). No está por demás hacer notar que en un sistema presidencialista como el mexicano, este método de nombramiento y duración de los cargos se encontraba acorde con un tipo de banco central supeditado a los intereses gubernamentales y políticos.

La reforma al artículo 28 de la CPEUM en materia de banca central estableció el nombramiento escalonado y por períodos de tiempo suficientes para el debido ejercicio de las atribuciones de los miembros de la Junta de Gobierno.

De esta manera, la vigente LBM en su artículo 40 establece que el Gobernador del banco durará en su cargo seis años, contados a partir del mes de enero del cuarto año de gobierno del Presidente de la República. A su vez, los subgobernadores durarán en su encargo ocho años, renovándose uno de los puestos cada dos años, iniciándose durante el mes de enero del primer, tercer y quinto año de gobierno del Ejecutivo Federal.

Este sistema sin duda ha permitido al BANXICO contar con una sana independencia de criterio respecto del Ejecutivo Federal por varias razones. Una de ellas estriba en que le será a éste prácticamente imposible nombrar a la mayoría o totalidad de los Subgobernadores durante un plazo breve.

En México, los Consejeros del banco central gozaron de la posibilidad de reelegirse indefinidamente al amparo de las legislaciones de 1936 y 1941 como consecuencia natural al escaso período de gestión que tenían los mismos, que resultaba muy breve (con base al artículo 46 de la *Ley Orgánica del Banco de México* de 1941, el período era de dos años). Además, respecto del Director General, las dos legislaciones eran omisas, por lo que se interpretaba que éste durara en ese cargo hasta en tanto el Consejo de Administración decidiera otra cosa.

La legislación de 1984 en materia de banca central, continuó siendo omisa respecto a los períodos de duración del Director General o de los miembros de la Junta de Gobierno, si bien éstos últimos, como he señalado al referirme a su nombramiento, durarían mientras fueran titulares de los puestos adscritos al mismo.

La vigente LBM establece en su artículo 40 que el período de duración del Gobernador de la institución será de seis años y el de los Subgobernadores de ocho años, y además, que ambos podrán ser reelectos en sus cargos. Estas características, relacionadas principalmente con la del escalonamiento de las designaciones, proveen a los miembros de la Junta de Gobierno de la necesaria independencia ante el Ejecutivo y Legislativo Federal.

Sin duda la capacidad de remover a cualquier servidor público de confianza constituye una de las características esenciales de un sistema presidencialista como el mexicano. Finalmente, el responsable del gobierno es el Presidente de la República, por lo que debe tener la facilidad de contar con los mejores colaboradores en su administración. En lo que respecta a los funcionarios

del BANXICO, estos podían ser removidos libremente por el Presidente de la República, lo que implicaba para aquellos una relación de subordinación total al Ejecutivo Federal, situación que los hacía propenso a presiones políticas.

No es sino hasta la reforma del artículo 28 de la CPEUM y, posteriormente en la nueva LBM en su artículo 43, en donde se prescribe con claridad, tanto las causas graves -entra otras, las que destacan las de utilizar en beneficio propio o de terceros la información que posean en razón de su cargo, o bien, divulgar la información emanada de la Junta de Gobierno-, por las que los miembros de esa Junta podrán ser removidos, como el procedimiento que deberá agotarse para su destitución. Asimismo, se establece la facultad de que los miembros de la Junta de Gobierno decidan la remoción del Gobernador o de alguno de los Subgobernadores a propuesta del Presidente de la República o, en su defecto, de cuando menos dos de los miembros de la Junta de Gobierno. De conformidad con el artículo 44 de la LBM y debido a la colaboración de poderes previamente mencionada, una vez adoptada la resolución por la Junta de Gobierno, ésta, con todo y documentación, más la versión del miembro afectado, será turnada al Ejecutivo Federal para que exprese la procedencia o no de la resolución y la turne al Senado de la República para que este cuerpo colegiado emita la decisión final.

Una vez analizados los principales aspectos que envuelven la nominación, el desempeño y, la remoción en su caso, de los miembros de la Junta de Gobierno del BANXICO, los cuales, dicho sea de paso, constituyeron una evolución trascendental en el desempeño y futuro de esta institución, no me queda más que esbozar los temas de las capacidades técnicas y las incompatibilidades con las que estas personas deben contar o carecer, según sea el caso.

Desde la *Ley que crea el Banco de México* publicada en el *Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos* el día 31 de agosto de 1925, tanto para los miembros del Consejo de Administración como para el Director General y el Subdirector del instituto era necesario que contaran con notorios conocimientos y experiencia en asuntos bancarios y comerciales.

Al paso del tiempo y con legislaciones financieras más especializadas, a la par de la evolución del sistema bancario en México, se fueron adoptando nuevos criterios que deberían ser observados por quienes designaren a los funcionarios mencionados. De ahí que la *Ley Orgánica del Banco de México* de 1936 exigiera que hubiera una relación entre los miembros del Consejo de Administración y los sectores bancario, comercial y agrícola. En adición, esta legislación prescribía como requisito para ser Director del banco central la ciudadanía mexicana.

Por su parte, la legislación vigente hasta abril 1994 estipulaba que, para ocupar el cargo de Director, además de los requisitos antes mencionados, debía haber ejercido puestos de alto nivel

decisorio en materia financiera en alguna Institución de crédito, la SHCP o en el propio banco central.

La reforma de mayo de 1993 al artículo 28 de la CPEUM en materia de banca central no fincó criterio alguno en este aspecto. Tal vez, por considerar que el tema quedaría ampliamente cubierto en la Ley Reglamentaria y, con el paso del tiempo, podría ser adecuado a las cambiantes necesidades del Sistema Bancario Mexicano. No obstante, la LBM señala en su artículo 39 como requisitos, entre otros, el que por los menos tres miembros de la Junta de Gobierno gocen de "reconocida competencia en materia monetaria" y los otros dos restantes deberán tratarse de "profesionales distinguidos en materia económica, financiera o jurídica", sin que puedan ser nombrados Gobernador antes de haber cumplido tres años en su cargo.

Esta misma disposición (artículo 39) prevé, además de aquellos requisitos de ciudadanía y de una amplia y reconocida competencia en materia monetaria, dos supuestos que consideramos novedosos: por una parte, limita la edad a la que puedan llegar los Consejeros, al establecer que no podrán tener más de 65 años y, por la otra, se fija que los mismos hayan desempeñado, cuando menos cinco años, cargos de alto nivel en el sistema financiero mexicano o en aquellas dependencias del Gobierno Federal centralizadas o desconcentradas que tengan atribuciones de autoridad en el ámbito financiero.

Finalmente, si bien las legislaciones que han regido al BANXICO hasta el año de 1984 no planteaban muchos de los temas aquí descritos, sí tenían claramente establecidas una serie de supuestos que invalidaban a los miembros del Consejo de Administración o de la Junta de Gobierno, según el caso, para ejercer sus cargos. Lo anterior, debido a la necesidad de que estos miembros mantuvieran su independencia respecto de las autoridades y grupos de interés.

De entre las principales incompatibilidades que existían, pueden mencionarse las siguientes: las personas designadas para ocupar puestos de elección popular, aunque por licencias u comisiones no lo desempeñen; los funcionarios y empleados públicos de la federación, estados o municipios; el parentesco por afinidad o consanguinidad en tercer o cuarto grado; aquellas personas que tuvieran conflictos judiciales con la Institución; los condenados por delitos comunes, insolventes o deudores morosos de instituciones de crédito, entre otras. Debemos mencionar que, en los primeros años, la institución tuvo como accionistas tanto al Gobierno Federal como a bancos privados y personas físicas, por lo que estas medidas estaban acordes a los tiempos en que rigieron. La *Ley Orgánica del Banco de México* de 1984 tuvo un carácter peculiar, debido a que creaba de alguna regulación en este sentido.

Congruente con la regulación imperante en las legislaciones más recientes en materia de banca central, el Decreto que reformó el artículo 28 de la CPEUM en materia de banca central establece la imposibilidad para las personas que tengan a su cargo la conducción de la institución, contar con algún otro empleo, cargo o comisión, salvo en aquellos en los que actúen en representación del BANXICO y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia, lo cual, constituyó una adición positiva a la que incluso se le dio rango constitucional.

Por su parte, la LBM, evidenciando el conocimiento del sistema político en México y con el objeto de salvaguardar hasta en los más mínimos detalles la autonomía de la institución, amplió los supuestos de incompatibilidad al prescribir que tanto el Gobernador como los Subgobernadores se abstengan de participar, en su carácter de funcionarios del banco, en actos políticos partidistas (artículo 42 de la LBM). El artículo 60 de la LBM de 1993 amplió esta restricción a los subgerentes, empleados superiores y trabajadores de nivel equivalente, aunque tan solo en el ámbito de la Administración Pública Federal.

C. Finalidad.-

Con relación a la finalidad del BANXICO, en términos genéricos me refiero a lo que persigue todo banco central, misma que se ha esbozado a lo largo de este apartado.

En términos generales, como regla básica los bancos centrales tienen dos tareas: (1) garantizar el funcionamiento fluido del sistema bancario y financiero procurando evitar los pánicos financieros que puedan ocurrir a través de una extensa mediación financiera que amenacen al sistema financiero, y (2) dirigir la política monetaria, es decir, controlar la cantidad de dinero con vistas a conseguir una baja inflación sin crear un elevado volumen de desempleo. En nuestra legislación bancaria, estas tareas están claramente definidas dentro de las funciones del banco central, sin embargo, se han insertado como atribuciones del BANXICO algunas otras a efecto de lograr ciertas finalidades consagradas en la LBM.

Como se observará a continuación, las finalidades del banco central corresponden a tareas entrelazadas entre sí, mismas que son relativas al diseño y conducción de la política monetaria y al de fungir como centro de los sistemas monetarios y bancario. En este sentido, el artículo 2 de la LBM claramente prevé como finalidad de este instituto central lo siguiente:

1. Proveer a la economía del país de moneda nacional procurando la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda. Lo anterior, se circunscribe a la política monetaria, misma que

se conceptualiza como "el señalamiento de prioridades y finalidades en la actividad del Estado sobre moneda y el crédito, así como de aquellos instrumentos necesarios para su control, a fin de obtener esas finalidades que generalmente son: perseguir la estabilización de la moneda, de los precios, a estabilización de la cantidad de dinero circulantes, de los gastos, un nivel aceptable de desempleo y un crecimiento económico sostenido"⁹⁵. Al efecto, el banco central pone en circulación y regula los signos monetarios necesarios y fija las políticas y criterios conforme a los cuales se deben realizar las operaciones, ya que a través de éstas es como se provee de moneda nacional a la economía del país.

Otro aspecto importante en el ejercicio de la política monetaria a cargo del banco central consiste en lo relativo al otorgamiento de crédito o financiamiento al Gobierno Federal, así como los límites, montos y modalidades del mismo.

Sobre estos aspectos de la política monetaria, existen numerosos estudios desde la óptica de la economía (tanto con un enfoque macroeconómico como microeconómico) que en este trabajo no veremos y que sólo hacemos referencia con el objeto de resaltar el interés que tiene para esta ciencia el abordar un tema ubicado en el foco del debate y que se refieren a las diferentes teorías de las vías de transmisión de la política monetaria, esto es, "los mecanismos precisos a través de los cuales la política monetaria de los bancos centrales afecta a la actividad real"⁹⁶, o incluso, la incidencia que la organización industrial del sector bancario pueda influir poderosamente en estos mecanismos, ya sea que se prepondere de manera importante el pasivo (dinero) de los bancos, conocida como la *teoría monetaria*, o bien, a los préstamos bancarios (a diferencia de otras fuentes de fondos para los prestatarios), denominada *teoría del crédito*.

2. Proveer el sano desarrollo del sistema financiero, a través de regular la intermediación y los servicios financieros; de crédito, pagos y cambios, mediante operaciones de carácter financiero; operar como acreedor de última instancia para instituciones de crédito; operar con entidades financieras y sancionar a los intermediarios financieros.

Sobre esta función, destacamos de manera importante lo relativo a la facultad que tiene el BANXICO de regular la intermediación y los servicios financieros consagrado en la fracción I del artículo 3 de la LBM. En este sentido, el artículo 26 de la Ley en comento y en correlación con el artículo 48 de la LIC, faculta al banco central dictar las disposiciones en las que se determinen las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito, así como las de crédito, préstamo o reporto que

⁹⁵ Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del Derecho Administrativo. Op. Cit.* pág. 260.

celebren los intermediarios bursátiles, mismas que tendrán el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia y el de regular el sano desarrollo del sistema financiero y el buen funcionamiento del sistema de pagos.

El interés de destacar esta función del banco central versa sobre el de ser uno de los presupuestos legales para el caso de incumplimiento por parte de las instituciones de banca múltiple de lo que dispone este instituto central de dar lugar al ejercicio por parte de la CNBV de la facultad contenida en la fracción XV del artículo 4 de la LCNBV.

3. Propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos, a través de asumir una doble función en el sistema, ya sea en la forma de operar como participante directo, o bien, como agente regulador del mismo al expedir normas de cuya observancia son obligatoria los agentes económicos que participan en el Sistema Bancario Mexicano.

Una vez que se observó en lo particular la finalidad del banco central en el sistema jurídico de México, y en general, lo relativo a las autoridades administrativas en materia competencia, en el capítulo siguiente procederé al análisis de la supervisión bancaria como parte de las atribuciones que el Estado tiene en materia bancaria.

⁹⁶ Freixas, Xavier y Rochet, Jean-Charles: *Economía Bancaria*. Antoni Bosch Editor y Banco Bilbao Vizcaya. Madrid, 1997. pág. 200.

CAPÍTULO TERCERO

INSPECCIÓN Y VIGILANCIA

1. Generalidades.-

En este capítulo se abordará de forma breve lo relativo a la inspección y vigilancia a las instituciones de banca múltiple observadas desde la perspectiva general de la supervisión bancaria y, el significado y consecuencias de su eficaz reglamentación.

Se señaló en el capítulo anterior que de acuerdo a la atribución *in genere* del Estado de ejercer la rectoría del sistema financiero, corresponde a éste, en la especie, todo lo relativo a las condiciones de estructuración, regulación y supervisión del Sistema Bancario Mexicano con el propósito de brindar seguridad a los agentes económicos; preservar la liquidez, solvencia y estabilidad de las instituciones de banca múltiples, y garantizar un sano y equilibrado desarrollo del sistema bancario.

De igual forma, se estableció a la luz del ordenamiento legal bancario en vigencia, el alcance legal de una adecuada y eficaz regulación de la actividad bancaria, misma que en todo momento tendrá que ajustarse a los principios consagrados en nuestra Carta Magna y sin que se viole el principio de seguridad jurídica característico de nuestro Estado de Derecho.

En este orden de ideas, se aprecia que la prestación del servicio de banca y crédito no es directa y libremente ejecutado por los particulares, sino que, al estar regulado con base en las líneas que dicten las políticas públicas y las normas que emanen de la ley, se deberá precisar de manera breve y desde la óptica económica, el alcance de una eficaz regulación bancaria para posteriormente entrar a los aspectos generales de la supervisión y específicamente en los de inspección y vigilancia.

En términos llanos se puede afirmar que el vocablo regulación (acción y efecto de regular) consiste en ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines. En congruencia con ello, desde el punto de vista jurídico, la facultad de regulación de la actividad bancaria a cargo de la autoridad competente será "un conjunto de normas y controles establecidos (en la ley) con el fin de asegurar que las instituciones financieras (los bancos) sean capaces de cumplir sus compromisos (el objeto por el que fueron autorizados); asimismo, que puedan contar con la información necesaria para formarse un juicio adecuado sobre los riesgos en las transacciones financieras que

realizan, y que las operaciones en los mercados sean ordenados y transparentes⁹⁷. De tal forma, queda por desenrañar las causas extra-jurídicas que brinden sustento a este conjunto de normas de derecho.

En este sentido, existe una íntima relación entre la facultad regulatoria del Estado y los planteamientos positivos y negativos que brinda la teoría económica en justificar esta atribución estatal.

En sus planteamientos positivos, tradicionalmente la teoría económica ha estudiado al sector bancario en el aspecto de su gestión (poniéndole énfasis al riesgo) o bien, en lo referente a los aspectos monetarios (tratándolo en su conjunto como un agregado) y en sus consecuencias macroeconómicas⁹⁸, sustentando en ambos puntos la regulación del sistema bancario. Sin embargo, desde que surgió el "paradigma de la información asimétrica", basado en el supuesto de que los diferentes agentes económicos (entre ellas las instituciones banca múltiple) poseen diferente información sobre las variables económicas relevantes y que utilizan dicha información en beneficio propio, resultó de gran importancia este otro concepto para explicar el papel que desempeñan las instituciones de crédito en la economía, así como para señalar "los defectos estructurales del sector bancario que puedan justificar la intervención pública"⁹⁹, no a través de una simple regulación por parte del Estado, sino por medio de la supervisión y sus especies, esto es, las medidas preventivas y correctivas a la actividad bancaria.

Abordar la regulación bancaria *prima facie* como una aplicación de la teoría general de la regulación pública derivada de la actividad del Estado, sería engañoso, ya que existen en la regulación del quehacer bancario algunas particularidades que señalan sus diferencias y establecen una serie de premisas que logran justificar su adopción.

De igual manera, observar a la regulación del sector bancario exclusivamente desde la teoría jurídica de la regulación pública, no resuelve en estricto sentido, el aspecto teleológico, sobre todo, por lo particular del sector bancario y su incidencia en la economía en general. Además, no hay que olvidar que de manera directa la regulación influye en la conducta de los agentes pasivos de la misma y el conjunto de instrumentos que utiliza la autoridad encargada de regular a los bancos fijan unos objetivos macroeconómicos y cautelares ambiciosos.

⁹⁷ De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. Op. Cit. pág. 149.

⁹⁸ Cfr. Freixas, Xavier y Rochet, Jean-Charles: *Economía Bancaria*. Antoni Bosch editor y Banco Bilbao Vizcaya, Barcelona, 1997, pág. XVII.

⁹⁹ *Idem*.

En este sentido, la regulación tiene como finalidad, entre otras, la de procurar un sano sistema financiero que otorgue protección a los intereses del público y una adecuada canalización de los recursos en beneficio de los diferentes sectores económicos a través de políticas públicas que controlen el crédito, la moneda y los cambios, evitando con ello, las imperfecciones propias del comportamiento de los agentes económicos en el mercado.

Estas imperfecciones o fallas en el mercado se deben principalmente: (i) a la presencia de poder (en su aspecto más general) en el mercado; (ii) a la importancia de las externalidades; y (iii) la información asimétrica entre los distintos agentes económicos en su calidad de compradores y vendedores (en términos simples y aplicado a la actividad bancaria, se afirma que los bancos pueden concebirse como vendedores al por menor de títulos financieros: compran los títulos que emiten los prestatarios -es decir, conceden préstamos- y los venden a los prestamistas, en otras palabras, reciben depósitos).

Estas tres causas de distorsiones de los mercados financieros están íntimamente relacionadas, sin embargo, no son las únicas; cabe precisar nuevamente que este trabajo no persigue un análisis exhaustivo de economía bancaria, sino que brindamos únicamente las ideas mínimas que contextualicen las causas económicas que justifican la regulación de la actividad bancaria.

Ahora bien, con el objeto de "corregir estas distorsiones" y proteger a los depositantes del riesgo de un concurso mercantil de una institución de crédito, la autoridad brinda una "red de seguridad" del sistema a través de implementar instrumentos regulatorios y específicamente medidas de supervisión que garanticen su sano desarrollo. Se mencionó el riesgo de concurso mercantil (quiebra) de una entidad financiera por ser el más delicado de los mismos y por su directa relación que guarda con el riesgo de iliquidez o insolvencia de un banco; sin embargo, por la naturaleza dinámica del sistema y la complejidad en la actividad bancaria, este riesgo no es el único, también hay otros que inciden de manera directa en la estabilidad del sector, entre ellos se encuentran los siguientes: riesgo crediticio, riesgo de mercado, riesgo de iliquidez, riesgo de fluctuaciones en la tasa de interés, riesgo vinculado con el mercado de cambios, riesgo operaciones, riesgo de conductas fraudulentas, riesgo de administración y riesgo sistémico.

Si se toma un enfoque estrictamente jurídico, observamos que la "externalidad" del riesgo de concurso mercantil (quiebra) de un banco (visto como cualquier sociedad mercantil), no justifica per se la regulación, ya que las externalidades negativas que tienen con sus clientes (principalmente a sus depositantes), las comparten todo tipo de empresas en algún otro sector económico. Para este tipo de contingencias el ordenamiento legal vigente contempla leyes que

regulan la materia concursal y su procedimiento judicial, facilitando con ello salidas jurídicas a conflictos económicos.

En este orden de ideas, desde el punto de vista económico los intermediarios financieros y particularmente las instituciones de banca múltiple son diferentes a las empresas industriales o comerciales, ya que cuando una institución financiera se somete a concurso mercantil o está en riesgo de iliquidez o insolvencia, no sólo los accionistas pierden su capital, sino que, además el depositante puede perder parte o la totalidad de sus ahorros e inversiones.

Por el contrario, existen planteamientos negativos o argumentos que establecen que la adopción de una reglamentación prudencial y cautelara del sector bancario puede crear al menos dos tipos de distorsiones¹⁰⁰: (i) la creación de una red de seguridad que a veces puede llevar a los gestores o administradores de los bancos el asumir excesivos riesgos y, por lo tanto, se requerirá de una regulación adicional; y, (ii) si la regulación no agota totalmente todos los excedentes creados, el Estado puede sentirse dotado de poderes para regular los bancos por razones que no tienen nada que ver con la seguridad y la solidez: la regulación puede "adoptar la forma de un impuesto implícito, como en el caso del coeficiente de reservas, o de la obligación del banco de subvencionar algunos de sus productos"¹⁰¹.

Adicionalmente, se establece que la regulación de la banca es costosa, tanto directa (entre otros, los sueldos de los supervisores y los costos administrativos de los propios bancos), como indirectamente (debido a las distorsiones que genera en el propio mercado); así también, el punto en que dicha regulación puede generar rentas económicas a las instituciones de crédito. Por lo tanto, si las autoridades encargadas de regular a los bancos buscan su propio beneficio, pueden ser "capturadas" por el sector bancario, esto es, vía de prácticas ilícitas tendientes a generar, incentivar o fortalecer la corrupción.

Por todas estas razones, los defensores de la banca libre de regulación prefieren un mercado imperfectamente competitivo a un sector bancario imperfectamente regulado.

No obstante, a menudo se dice que un papel fundamental de las autoridades bancarias es impedir el riesgo sistémico, esto es, el riesgo de concurso mercantil de una institución de banca múltiple se difunda o contagie a otros (u otras empresas) vinculado al banco en quiebra por contratos u operaciones financieras (préstamos o depósitos interbancarios).

¹⁰⁰ Cfr. *Idem*, pág. 314.

¹⁰¹ *Idem*.

Considero que en un mundo de banca libre, los concursos mercantiles bancarios son muy costosos, especialmente para los que financian a la institución de crédito sometida a concurso mercantil (como los depositantes, los accionistas y otros bancos) y, en menor medida, para los prestatarios que han establecido una estrecha relación con el banco en quiebra o con problemas de liquidez o solvencia.

Por lo que respecta al riesgo sistémico, se sabe que el concurso mercantil de una institución de crédito puede propagarse a otros bancos (los préstamos interbancarios representan una proporción significativa en los Balances de los bancos). Por otra parte, la quiebra de un banco puede dañar temporalmente al sistema de pagos, ya que podría reconsiderarse la finalidad de los pagos gestionados por el banco en quiebra antes de que quebraran. Por lo tanto, las justificaciones "oficiales" u "estatales" de las reglamentaciones sobre la solvencia de los bancos hechas por las propias autoridades encargadas de regularlos, tales como la protección del público (esencialmente de los depositantes) y la seguridad del sistema de pagos, parecen, *prima facie*, bastante razonables.

Ahora bien, las "externalidades" y distorsiones que puedan tener los mercados financieros y el sector bancario no son las únicas causas que justifican la regulación del sistema bancario por parte de las autoridades. Existen en las propias instituciones de crédito causas endógenas que pueden afectar los niveles de liquidez, solvencia o estabilidad de las entidades financieras e incidir de manera directa en el equilibrio y desarrollo del sistema bancario; e incluso, existen imperfecciones en el propio ordenamiento legal bancario que pueden repercutir en la sanidad del propio banco y del mismo sistema.

Es así cómo a partir de corregir en las propias instituciones de crédito este tipo de contingencias internas, ya sean como consecuencia por la práctica de operaciones irregulares, o bien, por el incumplimiento de las leyes y disposiciones generales que puedan poner en peligro sus niveles de solvencia y liquidez y provocar con ello un colapso a nivel sectorial, actualmente existe en el ámbito de la literatura jurídico-financiera otro tópico de sumo interés que está en constante análisis y modificación, me refiero a la "supervisión bancaria".

En efecto, para prevenir un sano y equilibrado desarrollo de los sistemas bancarios y proteger así los intereses del público, el ordenamiento jurídico bancario vigente ha venido desarrollando un complejo sistema de inspección y vigilancia, el cual, se desarrollará de manera breve en los siguientes incisos del presente capítulo.

2. Supervisión Bancaria.-

La delicada condición de equilibrio patrimonial en que se desenvuelve la actividad bancaria y su carácter sistémico (características a las que ya me he referido y seguiré haciéndolo en este inciso), además de los propios riesgos que se explicarán aquí, justifican la existencia de controles y mecanismos de supervisión sobre las actividades de las entidades financieras y la adopción de medidas tendientes a prevenir la iliquidez y, sobre todo, la insolvencia de ellas.

La polémica en la mayoría de los autores que abordan las funciones de "supervisión bancaria" a cargo del Estado, radica en torno a los alcances e instrumentos utilizables que persigan una eficaz y sana estabilidad en el sistema bancario, sin que esto ponga en duda la existencia del consenso por parte de la generalidad en el ámbito de la doctrina jurídico-económica en cuanto a justificar la directriz de la supervisión a cargo de las autoridades bancarias.

En consecuencia, esta cuestión tiene más que ver con los asuntos, formas y medidas que se toman en las legislaciones bancarias para lograr que las instituciones de crédito desarrollen sus actividades normalmente y evitar que entren a concurso mercantil. El éxito o fracaso que se ha tenido en esta tarea es relativo, depende también del desenvolvimiento de otros mercados conexos y de factores (políticos, económicos, culturales, etc.), que no siempre son del todo controlables.

Cuando se observaron las facultades de las autoridades competentes en materia bancaria, se señaló que las mismas se orientan -entre otras- a la vigilancia, control, seguimiento y superintendencia del mercado financiero y del sistema bancario, las cuales, por ser de interés público son de naturaleza discrecional. Por ello, están gobernadas por razones y principios de oportunidad, mérito y conveniencia, respecto de cada acto administrativo, sea singular o general¹⁰². A ellas corresponde la supervisión bancaria, ejercida en México a través de un "órgano desconcentrado" como lo es la CNBV.

Sin que el presente trabajo tenga por objeto en sí la supervisión bancaria, desarrollaré brevemente algunas de las mencionadas consideraciones generales que justifiquen su reglamentación en los ordenamientos jurídico-financieros a nivel nacional e internacional, para que de esta forma se pueda abordar con mayor precisión la finalidad y alcance de una de las medidas previstas, en su especie, denominadas inspección y vigilancia en el Sistema Bancario Mexicano, las cuales están previstas en el Título Séptimo, Capítulo II de nuestra LIC.

¹⁰² Cfr. Gercovich, Carlos G: *Legislación de La Emergencia. Decretos, Resoluciones Ministeriales y Comunicados del BCRA anotados y concordado*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2002, p4g. 43.

Se ha señalado que los sistemas financieros son parte toral de la economía en cualquier país del mundo al facilitar la intermediación de los recursos entre aquellos que tienen ahorros y aquellos que requieren de créditos. De tal forma que me queda por encontrar las razones que subyacen en este carácter importante de supervisión de la actividad bancaria

Si se parte de una idea sencilla y amplia de lo que son las instituciones bancarias y lo que éstas realizan, esto es, una institución cuyas operaciones habituales consisten en recibir depósitos del público y conceder préstamos, se observar que la existencia de estos intermediarios financieros permiten que los consumidores, inversionistas y empresas, puedan distribuir en el tiempo sus decisiones de cómo y cuándo ahorrar, consumir o invertir, de manera que puedan obtener lo que es a su parecer el mayor beneficio.

De esta forma, el sistema bancario facilita la intermediación de los recursos en una economía abierta y efectúa la liquidación de las transacciones de pagos entre los diferentes agentes económicos, sin que por ello se deje de mencionar la importancia que tiene al permitirse por éste, la distribución de los billetes que son emitidos por el banco central, mismos que sirven, entre otros, como uno de los medios de pago de las obligaciones pecuniarías, lo anterior, de conformidad con los artículos 2062 del CCF y 7 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el DOF el día 27 de julio de 1931.

De igual manera, la confianza en el sistema bancario es otro elemento fundamental que permite su adecuado funcionamiento, ya que al perderse ésta por mermas en los ahorros de los depositantes, éstos probablemente optarían ya sea por consumir o llevarse sus recursos a donde lo consideren más seguros, afectando con ello el proceso de intermediación y dañando el desarrollo y crecimiento económico del país.

El negocio bancario por su naturaleza presenta una situación de vulnerabilidad o riesgo en su liquidez ya que otorga crédito generalmente a mediano y largo plazo mediante la captación de recursos del público que están, buena parte de ellos, a la vista (conforme al artículo 269 de la LGTOC el depositante tiene derecho a disponer libremente, total o parcialmente, de la suma depositada) o a muy corto plazo.

Los problemas de liquidez o de solvencia que enfrente una institución de crédito podrían socavar la confianza del público en el sistema bancario y generar un efecto de contagio, aún sobre las instituciones financieras más sanas. No debe olvidarse lo apuntado en párrafos anteriores en cuanto a que la operación del sistema financiero se basa, en última instancia, en la confianza de todos los participantes. De tal forma que en la hipótesis de que se genere la duda en los depositantes sobre la posibilidad de recuperación de sus ahorros e inversiones, pueden inducirlos a

retirar sus inversiones no sólo de un banco que se encuentre en problemas, sino de todo el sistema. Como las Instituciones bancarias tienen los fondos otorgados en créditos, no podrán convertir dichos depósitos a efectivo, generando un problema de insolvencia general del sistema, o sea, un problema sistémico.

Por estas razones es importante que la autoridad (en el sentido señalado en el capítulo segundo del presente trabajo) busque prevenir que las instituciones de crédito incurran en riesgos que pudieran desembocar en crisis de confianza generalizada en el sistema bancario. En la historia reciente pueden encontrarse múltiples ejemplos en donde la autoridad interviene para evitar este tipo de riesgos a través de la supervisión.

Además, es necesario establecer un marco de leyes que regule la operación del sistema financiero y establezca reglas de carácter prudencial que faciliten la inspección y el seguimiento de la situación jurídico-financiera de las instituciones y fomenten su sano desarrollo, junto con la capacidad de actuación de las propias entidades financieras y la respuesta y acciones de las autoridades competentes a los problemas que se gesten, serán medidas necesarias para evitar también los diferentes riesgos a los que está sujeto el sector financiero (riesgos de crédito, de mercado, de liquidez, legales, operativos y país) y prevenir, en alguna manera, las modernas crisis sistémicas.

Existen en la mayoría de los países diversos elementos tanto para preservar la solvencia de las instituciones de crédito como para proteger los ahorros del público (algunos de los cuales se han estudiado en el transcurso del presente trabajo), tales como las normas para determinar quién puede intermediar como institución de crédito; reglas de capitalización, de calificación y de constitución de provisiones para la cartera crediticia; regulaciones definiendo los distintos tipos de actividades y operaciones que los diferentes intermediarios pueden realizar; la función de prestamista de última instancia que desempeña el banco central y el seguro de depósito general o limitado, entre otras. Es de interés, por razones metodológicas, analizar la supervisión y el seguimiento de las instituciones bancarias, aun cuando se harán ligeras referencias de algunas de ellas a lo largo del presente capítulo.

En este orden de ideas, es común que las leyes de los diferentes países señalen como una de las prioridades de las autoridades el preservar el sano desarrollo del sistema bancario, obligación que se traduce en la necesidad de expedir una serie de regulaciones que, a su parecer, fomenten el orden del sistema bancario y, por extensión, el bienestar material de la población.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico positivo en México, no es la excepción referente al interés en establecer disposiciones que regulen la supervisión bancaria (se observa que desde el

Decreto del 24 de diciembre de 1924 que crea la *Comisión Nacional Bancaria* y el primer *Reglamento de Inspección, Vigilancia y Contabilidad de las Instituciones de Crédito* del 4 de febrero de 1935, existió la voluntad por parte de las autoridades competentes de vigilar el exacto cumplimiento de las disposiciones legales vigentes), ya que con el propósito de actualizar los instrumentos legales para el ejercicio de las funciones de supervisión y desde la crisis bancaria de 1995, se han promulgado en el DOF distintas disposiciones legales y reformado las normas de derecho tendientes a fortalecer esta función de la autoridad.

Por ello, la supervisión de las entidades financieras, de acuerdo al artículo 5 de LCNBV, tendrá por objeto evaluar los riesgos a que están sujetas, sus sistemas de control y 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. También, 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.

Por último, no hay que olvidar que las instituciones de crédito pueden incurrir en prácticas contrarias a las disposiciones legales (independiente a los implícitos riesgos de la actividad bancaria), por lo que deben estar sujetas de manera constante a una eficaz supervisión.

Con el objeto de lograr un ordenamiento adecuado para el Sistema Bancario Mexicano, el régimen jurídico en México ha ido desarrollando a lo largo del tiempo y con base en las experiencias críticas internas y externas, la búsqueda de las formas y metodologías apropiadas que signifiquen un avance en la calidad de la supervisión bancaria.

En este sentido, según el doctor De la Fuente Rodríguez, la metodología aplicada en el proceso de supervisión: "tiende a transitar de un enfoque fundamentalmente de auditoría contable sobre base individual, a un enfoque de análisis de riesgos de manera consolidada"¹⁰³. Con ello, según el referido autor, la supervisión está orientada más al análisis del riesgo (propio de los bancos) que al análisis de estados financieros y al cumplimiento del catálogo de cuentas, como si se tratara de auditorías contables o financieras.

De tal forma que el Sistema Bancario Mexicano ha adoptado como metodología de supervisión para las instituciones bancarias el programa que se identifica con las iniciales MACRO. Este término expresa el enfoque fundamental de la revisión hacia los aspectos sobresalientes de la actividad financiera, identificados en las citadas iniciales de la forma siguiente:

¹⁰³ De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.* Tomo I, pág. 145.

Manejo de fondos.-

Adecuación de capital.-

Calidad de activos.-

Rentabilidad.-

Organización y administración.-

El programa MACRO constituye una metodología integral y sistemática para supervisar a las instituciones de crédito, a fin de conocer la verdadera situación y posición financiera de cada entidad¹⁰⁴. A continuación, desarrollaré de forma breve el contenido de la supervisión bajo este programa en los siguientes aspectos:

1. MANEJO DE FONDOS.- Es de vital importancia la manera de cómo las instituciones de crédito manejan sus recursos monetarios, especialmente a la luz de los siguientes riesgos:

A) De liquidez: se relaciona con la posibilidad del banco de contar con los fondos líquidos para hacer frente a sus obligaciones. La falta de ésta puede provocar que la institución de crédito se conduzca a la insolvencia. Obviamente esto sería cuando se produzcan pánicos y corridas bancarias. Es importante que los bancos tomen en cuenta que el riesgo de liquidez puede acenar operaciones más costosas ante cambios inesperados en su demanda de fondos, ya sea de activos o pasivos, lo cual, puede incidir en menores ganancias.

B) De mercado: este riesgo se relaciona con las posibles fluctuaciones de la oferta y demanda que conduzcan a alteraciones de los precios del mercado crediticio. El riesgo más importante de mercado es el de las tasas de interés. Si los pasivos de una entidad se renuevan más rápidamente que sus activos, dicha entidad será sensible a tasas de interés en el sentido de que un escenario de tasas ascendentes puede afectar adversamente sus ganancias.

C) Riesgo cambiario: está íntimamente ligado a la política cambiaria del país y específicamente a los movimientos del tipo de cambio que puedan afectar de manera contraria las posiciones abiertas de una institución bancaria por pérdidas en el valor de las divisas. Por otro lado, la percepción de algún problema en el país de origen del emisor (riesgo país), puede generar retiros por parte de los tenedores internacionales de sus obligaciones emitidas en divisas.

ADMINISTRACIÓN DE CAPITAL.- Es importante que el capital de una institución de crédito refleje la naturaleza y magnitud de los principales riesgos a los que está expuesta con las operaciones que

lleve a cabo, de tal forma que al materializarse éstos se podrá incurrir en serios problemas de solvencia.

CALIDAD DE LOS ACTIVOS.- La obligación de que las instituciones de crédito cuiden la calidad de sus activos es una herramienta valiosa en la supervisión de las entidades. El riesgo relevante en este concepto es el que se denomina como riesgo de crédito y consiste en la posible incobrabilidad o la disminución en el valor de los créditos otorgados por la institución de crédito a sus clientes. Cuando el monto del crédito de mala calidad aumenta en relación con el capital, aumenta también la posibilidad de que la solvencia y rentabilidad de la institución se vean deterioradas. Asimismo, muchas pérdidas crediticias se dan porque estas entidades no monitorean adecuadamente a sus deudores y no detectan a tiempo sus problemas o, al percatarse de ello, no toman las medidas adecuadas.

RENTABILIDAD.- Se debe de partir del principio que las instituciones de crédito como sociedades mercantiles persiguen lucro, de tal forma que la disminución de su rentabilidad puede ser signo de eventuales problemas futuros de insolvencia. La calidad de la fuente de sus utilidades es también un factor determinante para evaluar la viabilidad futura de la institución.

ORGANIZACIÓN Y ADMINISTRACIÓN.- Es importante que todos los actos de comercio, y en especial los relacionados con el crédito, tengan la confianza debida. En este sentido, cobra total interés la percepción sobre cómo está organizada la institución de crédito y la calidad de los elementos más importantes que caracterizan su administración, especialmente para medir los potenciales errores humanos, fallas de su administración y problemas de informática. Es fundamental que se detecten a tiempo la exposición a los riesgos de carácter operativo. El análisis de este concepto requiere de una estrategia particular en la que el supervisor mantiene contacto directo y prolongado con el personal de la propia institución supervisada.

Ahora bien, he señalado que en México, con base en la experiencia crítica de la crisis bancaria de 1995, se ha ido buscando a través de la supervisión bancaria la forma y metodología para prevenir otros tipos de colapsos que puedan incidir negativamente en el desarrollo normal del sistema. Al respecto, no se debe olvidar que actualmente vivimos en un mundo en donde constantemente se escucha la palabra "globalización", lo que trae como consecuencia plantear de manera breve la importancia que tiene la relación existente entre un sistema bancario frágilmente supervisado e inmerso en el contexto de mercados internacionales y las crisis bancarias internacionales.

¹⁰⁴ Cfr. Martínez Rincón, Alberto: Evolución y Modernización del Sistema bancario mexicano de su marco regulatorio y de la CNB, en

En este sentido, con el objeto de fortalecer a la supervisión bancaria y hacerla verdaderamente efectiva¹⁰⁵, el Comité de Basilea, constituido por los gobernadores o superintendentes de los bancos centrales de los países miembros del G-10, explica el sostenido empeño de lograr resultados, fundamentalmente, en dos grandes campos, por una parte, en la labor de supervisión y control, definiendo las características que han de tener las autoridades, su grado de independencia, las responsabilidades que asumen, los controles que puedan establecer sobre el nacimiento de las entidades y las transferencias de capital y las operaciones; y, por otra parte, formulando toda una serie de recomendaciones sobre la que se ha llamado *regulación prudencial*, la cual, establece las grandes directrices sobre las que se han guiar los bancos en materia de adecuación de capital, calificación de activos, cantidad de crédito y dispersión de riesgos, como sobre operaciones con grupos relacionados, participación en distintos países, responsabilidades de los directores, mecanismos de control interno, delegación y, naturalmente, conocimiento de los clientes y aplicación de principios éticos en el manejo de los negocios.

Por lo que respecta al uso del vocablo "prudencial", mismo que está contemplado en la fracción II del artículo 4 de la LCNBV en cuanto a la facultad que tiene la autoridad (CNBV) en emitir la regulación prudencial a la que se sujetarán las entidades, me sumo a la opinión del jurista Carvallo Yáñez al señalar que desafortunadamente esto: "originará nuevamente la actitud caprichosa y en muchas ocasiones antijurídica de la Comisión quien ahora con fundamento objetivo, podrá superar y modificar a su antojo lo que disponen las leyes financieras"¹⁰⁶, debido, en mi consideración, a lo equívoco del concepto y en aras de cumplir con las exigencias internacionales.

El proceso de Basilea ha hecho que se vuelva a pensar el negocio bancario al advertir sobre algunos riesgos que se consideraban remotos, exigir mejorar la calidad de los activos, establecer nuevas técnicas sobre su valoración y sobre la protección de los mismos, recordar viejas normas de conducta tanto en la supervisión como en la administración de la banca comercial.

En este sentido, cabe agregar, según el jurista Carlos Gerscovich, el problema planteado por la desregulación, ya que hubo un "carácter tan abrupto de la supresión de las restricciones de acceso al mercado -sin ponderar debidamente los antecedentes necesarios de algunas entidades, que por ello crecieron desmesuradamente-, y de las tasas de interés, lo que originó encamizadas pujas por la captación de depósitos"¹⁰⁷.

Comisión Nacional Bancaria, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 226.

¹⁰⁵ Cfr. De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.* Tomo I, pág. 141.

¹⁰⁶ Carvallo Yáñez. *Op.cit.* pág. 318.

¹⁰⁷ Gerscovich, Carlos G. *Op. Cit.* pág. 47.

Estas experiencias demuestran que la desregulación puede llevar a riesgos sistémicos si al mismo tiempo no se encara la regulación y supervisión en otros terrenos, para garantizar a la vez seguridad y estabilidad del sistema, v.gr. mediante la implementación de normas sobre la concentración del crédito y autopréstamos con los activos de riesgo, normas contables que no se limiten a los aspectos formales sino que obliguen a reflejar con suficiente aproximación la realidad económica y una apertura en la información de la situación contable y financiera de las entidades hacia el público.

Por ello, los trabajos realizados por el Comité de Basilea han demostrado que uno de los problemas que más prevalece en cualquier economía emergente, es la regulación y supervisión eficaces del sistema bancario.

Se ha concluido en que, esencialmente, la meta consiste en combinar incentivos contundentes para mantener un comportamiento prudencial con un sistema regulador eficaz. Los incentivos se ofrecen a través de "requerimientos de capital y valor franquicias, es decir, el valor de ganancias futuras"; mientras que la regulación "debería aplicarse a todos los niveles de la actividad financiera, desde el manejo de riesgos hasta las transacciones individuales"¹⁰⁸.

Aunque por su importancia es fundamental, la suficiencia de capital debe, según Carlos Gerscovich, determinarse sobre la base de las características del riesgo que son relevantes para los bancos en cada país y las normas sobre suficiencia de capital basadas en el riesgo postuladas por el Comité de Basilea, mismos que deberían tomarse como parámetros mínimos, y ciertamente no como un nivel máximo de suficiencia de capital independiente de los factores específicos de cada país.¹⁰⁹

Los Principios Fundamentales de Basilea representan el esquema básico de una supervisión bancaria eficaz y han sido concebidos para servir de referencia a las autoridades supervisoras en general, nacionales e internacionales.

Esencialmente, el Comité de Basilea ha preparado una lista de veinticinco principios básicos que deberían servir de sustento a las políticas y estructuras supervisoras bancarias. Estos principios se enumeran en un Compendio de documentos del Comité de Basilea a los que remiten los Principios Fundamentales y están destinados a ampliarlos y explicar su aplicación y han de ser actualizados periódicamente, a medida que se publiquen documentos adicionales.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ *Cfr. Idem.*

Por lo que respecta de manera resumida a estos veinticinco Principios Fundamentales, se encuentran divididos en siete secciones: pre-requisitos para la supervisión bancaria eficaz (Principio 1), licencia y estructura (Principios 2 al 5), regulaciones y requerimientos prudentes (Principios 6 al 15), métodos de supervisión bancaria continua (Principios 16 al 20), requerimientos en materia de Información (Principio 21), autoridad formal de los supervisores (Principio 22) y banca internacional (Principios 23 al 25). Si bien estos principios resultan sumamente ilustrativos en términos de cobertura y otros temas, deben ser aplicados y ampliados individualmente por las autoridades nacionales.¹¹⁰

Fueron dos los objetivos básicos del Comité. En primer lugar, a través de la norma común, reforzar la solvencia y estabilidad del sistema bancario internacional. En segundo término, mediante el establecimiento de reglas consistentes, uniformemente aplicadas, a disminuir la competencia inequitativa entre bancos que surge de la desigualdad de disposiciones vigentes en sus países de origen. Las autoridades nacionales son libres, sin embargo, de fijar exigencias más altas que las contempladas en la norma común.

La innovación fundamental está dada por la *vinculación del patrimonio con el riesgo inherente a las distintas clases de activos de la cartera de préstamos e inversiones* del banco. Consecuentemente, la primera parte del acuerdo se basa en la definición de capital; la segunda establece la ponderación del riesgo; la tercera la *ratio* del capital; y la última, acuerdo de carácter transitorios.¹¹¹

El acuerdo considera que los recursos de capital deben clasificarse en dos categorías: el capital básico y el suplementario. El primero se compone de capital contable y reservas, y debe constituir como mínimo el 50% del capital total.

El suplementario se conforma con reservas ocultas o no publicadas, lo que depende de los diversos regímenes contables vigentes en cada país (cuya uniformidad sería deseada); se menciona como ejemplo el de los títulos valores que son contabilizados al precio de adquisición y no al de valuación de mercado.

Como criterio esencial para la exigencia del capital mínimo, el Comité de Basilea estableció un coeficiente que surge de la responsabilidad patrimonial entre los activos, ponderado por riesgos, a cuyo efecto los activos son clasificados en diferentes categorías de riesgo.

¹¹⁰ Cfr. <http://www.bis.org>

¹¹¹ Cfr. Gerscovich, Carlos G. *Op. Cit.* pág. 50.

El Comité opinó que de esa manera se creaba una base más equitativa para realizar comparaciones internacionales entre instituciones de crédito. No se desalentaba a las entidades con activos líquidos o reducido riesgo y se favorecía la inclusión, en la medición, de riesgos no contabilizados.¹¹²

Los activos se clasifican, según los Principios Fundamentales, en cinco categorías según el riesgo inherente a cada una de ellas: los de primera categoría -riesgo nulo-, no se computan a los fines del cálculo de exigencia patrimonial, los activos de riesgo reducido se computan en un 10% (segunda categoría) o 20% (tercera) o 50% (cuarta) de su valor, en tanto que los activos de riesgo normal se computan íntegramente.

La legislación bancaria mexicana ha adoptado varias de las indicaciones de Basilea a través de recientes reformas a la LIC, Reglas, Circulares y disposiciones expedidas por la CNBV.

Resumiendo lo expuesto, debo de puntualizar que se trata de un proceso de saneamiento y eficientización del crédito de incalculables consecuencias presente y futuras. Las normas de Basilea "afectan por igual a la oferta y a la demanda de crédito, y en ambos casos de una manera positiva para los propios bancos, para las empresas, para la economía y para la sociedad"¹¹³.

En este sentido, las regulaciones de Basilea introdujeron un interesante esquema de vasos comunicantes entre las entidades, que teórica y prácticamente impide la generación de discrepancias en las evaluaciones y tiende a consolidar una saludable plataforma entre las partes.¹¹⁴

Por último, cabe hacer mención que con base a los acuerdos del BIS (denominación simplificada del mismo Comité de Ajustes Internacionales de Basilea), las experiencias internacionales en la manera de resolver crisis bancarias y las distintas disposiciones nacionales en su experiencia supervisora, se ha producido en la doctrina una renovada tendencia que va hacia a re-regulación, especialmente en lo concerniente a capitales vinculados, desarrollo uniforme de publicidad y transparencia de Balances.

En este orden de ideas, la tendencia tiene como objeto que las instituciones de crédito sean regulados para que obtengan una mayor conciencia respecto del manejo de las cuestiones monetarias y se puedan resolver los siguientes problemas que se identifican: manejo de la evaluación del riesgo respecto de los derivados monetarios; transparencia del Balance del banco;

¹¹² <http://www.bis.org>

¹¹³ Gerscovich, Carlos G. *Op. Cit.* pág. 52.

¹¹⁴ *Cfr. Idem*

regulaciones respecto de las personas que hacen uso de información privilegiada o confidencial; evasión impositiva; lavado de dinero; especulación en perjuicio de las monedas nacionales; venta de títulos valores "basura" a clientes ordinarios; y conflictos de interés que se producen por el carácter de fiduciario e inversionista.

Por todo ello, la tendencia es a fortalecer los mecanismos de supervisión bancaria a cargo de las autoridades competentes y de esa manera prevenir de manera eficaz las turbulencias y crisis de las que pueda ser objeto del sistema bancario.

Las autoridades financieras deben promover que las entidades definan con mayor claridad las responsabilidades tanto de su consejo de administración como de su propia dirección, "a fin de poder crear una estructura más eficaz para limitar enteramente la toma excesiva de riesgos"¹¹⁵. En correspondencia con ello y mediante reciente reforma a la LIC en materia de administración, se llevó a cabo un primer intento de búsqueda de eficacia a través de la integración en el consejo de administración de las instituciones de banca múltiples respecto de los consejeros independientes.

Para esto, resulta fundamental fortalecer más el papel de los consejos de administración de la banca múltiple, a fin de que estos se conviertan en los principales responsables de la estabilidad y solvencia de las instituciones de crédito, son ellos los que están obligados a entender la naturaleza de los riesgos que enfrentan, establecer el nivel de tolerancia a los mismos y aprobar estrategias y políticas generales de la institución.¹¹⁶

Por último, cobra interés para los efectos del presente trabajo y especialmente en lo concerniente a la supervisión bancaria que, dentro de los múltiples intentos de las autoridades por prever un adecuado sistema que garantice de manera eficaz el sano y equilibrado desarrollo del mismo, y por la importancia que tuvo desde el aspecto doctrinal, se gestionó una Iniciativa de Ley que presentó en 1998 el Ejecutivo Federal a la consideración del H. Congreso de la Unión concerniente a una nueva concepción estructural y jurídico-económica respecto del órgano supervisor de las instituciones de banca múltiple en nuestro sistema bancario.

El día 26 de marzo de 1998 el Ejecutivo Federal presentó a la consideración del H. Congreso de la Unión una iniciativa denominada "*Decreto por el que se adiciona la Ley del Banco de México; se expide la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y se reforman las leyes para Regular las Agrupaciones Financieras, de Instituciones de Crédito, General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, del Mercado de Valores, y de Sociedades de Inversión*", misma

¹¹⁵ De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit. Tomo I*, pág. 148.

¹¹⁶ Cfr. *Idem*.

que no prosperó por razones políticas y en virtud del agitado momento coyuntural relacionado con el tema conocido popularmente como FOBAPROA.

Reitero que, en esta iniciativa existen algunos intentos por parte de la autoridad en dar los primeros pasos en la revisión estructural e integral de la supervisión bancaria, de ahí, el objeto de rescatarla y hacer el siguiente desarrollo.

En la Exposición de Motivos de la iniciativa de las leyes antes referidas y presentada por el Ejecutivo Federal, se consideró necesario realizar un ajuste a la estructura de regulación del sistema financiero en atención a enfrentar la llamada "crisis financiera" o "crisis bancaria" desatada en diciembre de 1994 y que trajo como consecuencia un problema de insolvencia generalizada y de vulnerabilidad en la economía nacional.

La medida que proponía el Ejecutivo Federal era la de fortalecer el mecanismo de "supervisión consolidada" mediante una función más preventiva que sancionadora y, de esta manera, anticiparse a los acontecimientos a través de una visión más global de los riesgos que atendiera más a las operaciones que a los intermediarios. En alguna medida, desde el punto de vista operacional recientes reformas a la LIC introdujeron los mecanismos legales tendientes a obtener estos resultados.

Partiendo de las razones señaladas esto se tradujo en una propuesta que pretendía dotar de mayor autonomía a la CNBV al hacerla participe de la que es propia el BANXICO, dejando de ser un órgano desconcentrado de la SHCP y se transformara en un órgano desconcentrado del banco central, con mayores atribuciones en materia de regulación financiera.

La importancia que tiene en la actualidad esta iniciativa, y que por las razones antes expuestas no prosperó, radica en la necesidad que tiene el Sistema Bancario Mexicano de retomar, mediante un debate serio y apolítico, las ventajas de adoptar una plena supervisión consolidada, especialmente en lo relativo a la estructura del órgano supervisor.

El ejercicio de las atribuciones en materia de regulación y supervisión de los sectores financieros a nivel mundial se ha asignado, en los últimos tiempos, a tres entidades públicas: (i) La Secretaría o el Ministerio de Hacienda o de Fianzas (según la estructura orgánica del gobierno), o bien, una entidad dependiente de éste, como es el caso de nuestro sistema bancario a través de la CNBV (en otros países se conoce como Superintendencia de Bancos); (ii) El Banco Central, como es el caso de la República de Argentina; (iii) a Instituciones o agencias especializadas con mayor o menor grado de autonomía respecto de los gobiernos, tal es el caso de la *Financial Services Authority* (FSA) de Inglaterra, en donde a través de la *Bank of England Act* del 1ro. de Junio de

1998 se transfirió la responsabilidad de la supervisión bancaria del *Bank of England* a la nueva autoridad.

En la Exposición de Motivos de la referida Iniciativa se expresó: "las experiencias recientes han definido una tendencia mundial hacia la conformación de entidades especializadas y con el mayor grado de autonomía posible, encargadas de la función de supervisión de los sistemas financieros", con el objeto de lograr, primero, criterios técnicos en cuanto autorización, regulación y supervisión de las entidades financieras; segundo, aplicar directrices y estrategias de supervisión que procuren mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo de los sistemas financieros en protección de los intereses del público, y tercero, en que se cuente con personal altamente capacitado y con experiencia acumulada en las tareas de supervisión.

Si se observa la citada Iniciativa en lo que respecta al proyecto de reformar la LBM al adicionar una fracción VII del artículo 3ro., se pretendía establecer como función del BANXICO la de "realizar la supervisión de los Intermediarios financieros, así como de las personas físicas y demás personas morales cuando realicen actividades reguladas en las leyes que rigen a los propios intermediarios. El Banco podrá llevar a cabo las funciones de supervisión, así como las de regulación de la intermediación y los servicios financieros, a través de un órgano desconcentrado, en los términos de esta ley y demás leyes que regulan el sistema financiero". Con ello, se pretendía re-orientar la función de supervisión de la SHCP a la del banco central y de esta manera consolidar las funciones de regulación y supervisión en una sola autoridad.

La *ratio iuris* que tuvo el Ejecutivo Federal para realizar la mencionada propuesta de transformación partió de la necesidad en que se adopten en nuestro sistema financiero principios que consagren una verdadera "supervisión consolidada" al concentrar en una sola entidad la regulación y supervisión de las entidades financieras (bancarias y no bancarias), y de esta manera se coadyuve a una mayor agilidad en el desarrollo, uniformidad de criterio y consistencia en la aplicación de los mismos en beneficio del propio sistema y se observe el aspecto del alto grado de especialidad técnica que debe prevalecer en la emisión de disposiciones de carácter prudencial por parte de las autoridades financieras.

Dentro de las propuestas dadas por el Ejecutivo Federal al Poder Legislativo se observan disposiciones relativas a la designación, remoción, causas de remoción y duración del titular de la Comisión; restricción en actos políticos partidistas del Presidente de la Comisión; redistribución de facultades sobre el sistema financiero, especialmente sobre autorización, constitución y operación de entidades financieras, así como la adopción de aquellas que sean congruentes con las recomendaciones del Comité de Basilea del Banco de Pagos Internacionales y, por último, las medidas concernientes a la inamovilidad de quien ejerza la conducción y autosuficiencia

presupuestal de la entidad supervisora en función de dotarle una mayor autonomía, sin omitir el establecimiento de un régimen de responsabilidad para el personal de la Comisión previsto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, bajo un esquema consistente con el establecido para el BANXICO.

Como se mencionó, la Iniciativa de ley no prosperó. Sin embargo, en un claro esfuerzo por parte de las autoridades de ir mejorando y actualizando la normalidad en tomo a la supervisión consolidada, se han ido modificando y reformando diversas disposiciones de carácter general tendientes a prevenir algún colapso bancario venidero.

Es de interés apuntar de forma breve algunas ideas generales (desde la perspectiva económica) respecto de las crisis bancarias y particularmente la que experimentó México a finales de 1994, en la inteligencia de observar y establecer cómo este tipo de fenómenos puede provocar directamente a las instituciones de crédito a caer en un estado de iliquidez y riesgo de insolvencia que afecten su estabilidad y pongan en peligro los intereses del público, el desarrollo del sistema, y como consecuencia, inducir a las autoridades bancarias a practicar el procedimiento de interventoría bancaria, actualizando de manera arbitraria y con base en hechos objetivos lo que no prevé nuestra legislación como consecuencia a la hipótesis normativa, revelando de esa manera la incorrecta redacción del artículo 138 de la LIC y la falta de una salida legal que otorgue seguridad jurídica en nuestro ordenamiento positivo vigente a un fenómeno económico de terribles consecuencias.

Las crisis bancarias no son algo nuevo. Se remontan al siglo XVII con la crisis ocurrida en Holanda; pero desde los años setentas y hasta la fecha (sirva de ejemplo el caso de la actual crisis Argentina de fines del 2001 considerada por Carlos Gerscovich como "catástrofe"¹¹⁷) muchos países han experimentado crisis bancarias, por lo que no dudo que en el futuro puedan surgir otras con nuevas características y causas (existe la opinión de algunos que afirman el carácter cíclico¹¹⁸ de las crisis financieras). Tampoco se limitan a un país o región: la crisis bancaria que afectó a los Estados Unidos de América en 1929 se había convertido en un fenómeno mundial para 1930.

En los últimos años, incluso los países industrializados con sistemas financieros y bancarios sumamente avanzados y sólidos organismos de supervisión bancaria han experimentado severas crisis; sin embargo, las crisis bancarias en América Latina son más severas que en el mundo industrializado, y han tenido un mayor impacto sobre las economías locales, debido a que

¹¹⁷ Gerscovich, Carlos G. *Op. Cit.* pág. 96.

¹¹⁸ Cfr. Aninat, Eduardo: *Experiencia de los países: Chile*, en *Las crisis bancarias en América Latina*, Editorial Fondo de Cultura Económica y Banco Interamericano de Desarrollo, México, 1997, pág. 265.

los "sistemas financieros de la región son más frágiles", misma que "deriva de los frecuentes períodos de políticas económicas desestabilizadoras y problemas estructurales en el mercado",¹¹⁹

No se debe olvidar que estamos actualmente inmersos en la "globalización". A primera vista la palabra en cuestión da cuenta del nuevo mundo de las comunicaciones en la era electrónica-digital y, al mismo tiempo, describe el crecimiento explosivo, a escala universal, de los mercados financieros.

En términos generales, la globalización implica primero que la actividad política, económica y social se inscriba cada vez más en un marco de referencia mundial; y segundo, presupone una intensificación de los niveles de interconexión e interacción dentro y entre los Estados, sujetos y sociedades que configuran la sociedad internacional.

Mediante este fenómeno, las empresas transnacionales han adquirido (sin ser la excepción los bancos) cada vez más protagonismo en este proceso globalizante, contando, en la mayoría de los casos, con el apoyo de los Estados para su posicionamiento.

Cabe mencionar brevemente y con relación al proceso globalizador, las transformaciones en materia de comunicaciones, la creación del dinero electrónico y la difusión del dinero de plástico, así como el intenso avance en las transferencias electrónicas de fondos y los mecanismos computarizados de compensación. Además, se debe tener en cuenta también el peso importante que ha venido ganando en la estructura financiera la transformación y movilización de activos y las nuevas posibilidades que aparecen en materia de inversiones, conformación de portafolios y coberturas financieras.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es el de la transformación de la banca comercial-tradicional banca intermediadora- en una banca prestadora de servicios financieros (no se debe olvidar lo expuesto en el capítulo primero del presente trabajo en torno al concepto de banca universal) y con ello, la nueva composición de sus Balances con el reflejo que tienen las cuentas de pérdidas y resultados influenciadas por el monto de las comisiones e intereses que perciben.

De tal forma que la actividad financiera se ha expandido y diversificado, impulsada por la "globalización", la *des-reglamentación*, los nuevos instrumentos financieros, y las transacciones con base en tecnologías modernas.

¹¹⁹ Rojas-Suárez, Liliana y Weisbrod, Steven. *Las crisis bancarias en América Latina: experiencias y temas en Las crisis bancarias en América Latina. Op. Cit.* pág. 21.

En este contexto, están los sistemas financieros internacionales. El Sistema Bancario Mexicano no es la excepción, por el contrario, a raíz de la firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) y su puesta en vigencia en 1994, nuestro sistema bancario experimentó un rápido cambio estructural, mismo que se venía gestando desde 1990 con la privatización de las instituciones de banca múltiple, y provocando con ello expectativas macroeconómicas favorables al país. Incluso, a principios de diciembre de 1994, la opinión pública se inclinaba a pensar que las crisis económicas se habían desterrado para siempre del escenario nacional.

El anuncio de una nueva devaluación del peso con respecto del dólar estadounidense (23% el 21 de diciembre de 1994) cimbró los pilares en los que se había fincado un optimismo desbordado, mismo que había tardado seis años en construirse, y en unos cuantos días, en desmoronarse. El ambiente fue desolador, la zozobra nuevamente se apostó en la población y la incertidumbre impedía a los agentes económicos prever el rumbo.

Muchos expertos están de acuerdo en que las crisis resultan de una combinación de factores y la mayoría coinciden en cuáles son estos factores que dan origen a una crisis bancaria: son macroeconómicos y microeconómicos, tanto internos como externos.¹²⁰

En este sentido, hay que preguntar si las deficiencias que se observan en los bancos insolventes explican la crisis o si los bancos se volvieron insolventes a raíz de la crisis. La respuesta no es fácil, por el contrario, mucho se ha escrito en los últimos años tratando de explicar ello, y surgen opiniones encontradas que me induce a plantearlo con una metáfora: "cuando las cadenas se rompen lo hacen por el eslabón más débil, pero esto no significa que las fallas de los eslabones más débiles expliquen completamente por qué se rompió la cadena: es necesario entender cuál fue la causa que produjo la tensión en la cadena. De hecho el fortalecimiento de los eslabones más débiles funciona sólo si estos pueden identificarse antes de que se rompa la cadena. Aun así, podría suceder que la cadena se rompa en otro eslabón si la tensión es lo suficientemente fuerte".¹²¹

Por lo que respecta a México, pese al buen comportamiento de la economía mexicana durante los primeros años de la década de los noventa, diversos acontecimientos políticos a lo largo de 1994 (el levantamiento zapatista, y los asesinatos de Luis Donald Colosio y de José Francisco Ruiz M.), acompañados de desequilibrios financieros, ocasionaron fuertes corridas de capital que presionaron el valor de la divisa mexicana.

¹²⁰ Cfr. Hausmann, Ricardo y Rojas-Suárez, Liliána: *Conclusiones y debate de políticas en Crisis bancaria en América Latina. Op. Cit. pág. 289.*

¹²¹ Gavin Michael y Hausmann, Ricardo: *Las raíces de las crisis bancarias: el contexto macroeconómico en Las crisis bancarias en América Latina. Op. Cit. pág. 32.*

Los desequilibrios financieros a los que la literatura atribuye la crisis bancaria en México versan en cuatro¹²² líneas principales:

1.- Entre los aspectos macroeconómicos se hizo evidente una fragilidad externa¹²³; es decir, México había experimentado apreciación en su tipo de cambio real (sobrevaluación creciente del peso, en la medida en que fueron inferiores al diferencial de inflaciones entre México y los Estados Unidos de América), acompañado de un deterioro continuo de la balanza de pagos. Es importante recalcar que "la composición del superávit en la cuenta de capital también era un síntoma de fragilidad de la balanza de pagos"¹²⁴, ya que, para 1994, el ahorro interno bruto como porcentaje del PIB era tan sólo del 16 por ciento.

En opinión del autor Henio Millán Valenzuela, el desempeño económico de nuestro país repitió la experiencia traumática de la expansión explosiva de la balanza de pagos: el déficit de la cuenta corriente comenzó a crecer a medida que la inflación cedía, hasta llegar a alcanzar proporciones del PIB similares a las que precedieron a la crisis de 1982, pero con "tasas de crecimiento substancialmente inferiores"¹²⁵ a las que registró el auge petrolero.

2.- Durante 1994 se había experimentado una significativa expansión del endeudamiento nacional de corto plazo, relativo al nivel de reservas (en marzo, tras el asesinato de Luis Donaldo Colosio las reservas internacionales disminuyeron 9 mil millones de dólares en un sólo mes), lo cual lo volvió vulnerable a flujos negativos de capital. En esta situación, el elevado nivel de obligaciones de corto plazo incentivaba comportamientos especulativos en los prestatarios foráneos, ya que éstos percibían un aumento en la probabilidad de moratoria (*default*) en sus préstamos. El gobierno aumentó la emisión de títulos denominados en dólares (Tesobonos) y para finales de 1994 el 74% del total de valores gubernamentales en poder del público era en Tesobonos (en 1993 era sólo del 4%), por lo que las reservas netas de Tesobonos eran negativas.

El incremento en la proporción de deuda nacional de corto plazo denominada en dólares (Tesobonos) enviaba la señal de que el BANXICO no podía incrementar eficientemente las tasas de interés para proteger el valor de la divisa (la política de tasa de interés cesó en julio), ya que debía convertir su deuda a dólares para frenar la acelerada salida de capitales (los bonos del Tesoro de los Estados Unidos de América a 30 años aumentó de 6.3% en enero a 8.1% en

¹²² Cfr. Hernández Trillo, Fausto y López Escarpulli, Omar: La banca en México, 1994-2000 en *Economía mexicana*, CIDE, vol. X, núm. 2, México, segundo semestre de 2001, pág. 367.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ Millán Valenzuela, Henio: Las causas de la crisis financiera en México, en *Economía Sociedad y Territorio*, vol. II, núm. 5, enero-junio de 1999. El Colegio Mexiquense, A.C., pág. 50.

noviembre de 1994). Esta incapacidad se dio principalmente por el alto grado de apalancamiento de las corporaciones y por el exagerado crecimiento del crédito que se experimentó durante los años de apreciación real de la divisa.

3.- En sus causas microeconómicas, la debilidad del Sistema Bancario Mexicano como resultado de la desregulación financiera¹²⁶ (desmantelamiento de los cajones selectivos de crédito, la desaparición de los encajes legales y la liberación de las tasas de interés) es otra que repetidamente aparece en la literatura como explicación a los continuos ataques especulativos de los que fue víctima la divisa mexicana hacia 1994.

La fragilidad de este sector, provino de los altos niveles de apalancamiento en el sector empresarial (el crecimiento de la cartera crédito fue de 277% en términos reales de diciembre de 1988 a noviembre de 1994. En 1988 el crédito de la banca comercial al sector privado era equivalente al 14.2% del PIB, mientras que en 1994 alcanzó el 55.3%) y de la baja calidad de la cartera crediticia, los cuales fueron consecuencia de la acelerada expansión en el crédito y de burbujas especulativas en el precio de los activos, como bienes raíces y bolsa (el índice de precios de terrenos para la ciudad de México pasa de 2,423 en 1988 a 31,934 en el primer trimestre de 1993, esto es, un crecimiento de 1,218%); así como de fenómenos característicos de los años de expansión económica que se dieron durante el sexenio del ex-presidente Carlos Salinas De Gortari.

La fragilidad del Sistema Bancario Mexicano hacia finales de 1994 se explica en gran medida por la necesidad de estas entidades financieras de tomar riesgos excesivos, ya que la competencia que se vino dando en este sector a partir de la privatización de las instituciones de crédito, y de la liberalización de la cuenta de capital, disminuyó para los bancos la posibilidad de obtener beneficios extraordinarios.

Lo anterior, aunado a la falta de transparencia en el manejo corporativo y de transacciones financieras, así como de la baja calidad en los sistemas de control de riesgos por parte de los bancos, Incentivados en parte, por las deficiencias en el marco jurídico y en las prácticas de regulación y supervisión.

4.- Una causa fundamental del aumento de la vulnerabilidad del sector bancario en nuestro país fue el incremento del riesgo moral en dicho sector, ocasionado en gran medida por el esquema del seguro de depósitos (FOBAPROA). Este seguro que respaldaba la solvencia de los bancos creó la percepción de que el gobierno mexicano no permitiría que las instituciones bancarias se declararan en bancarota. La citada percepción incentivó a los banqueros, y en gran medida a los

¹²⁶ Cf. ítem. pág. 43.

inversionistas, a tomar riesgos excesivos, dando como resultado una profunda expansión del crédito, acompañada de un fuerte incremento en el precio de los activos financieros. Sin embargo, este *boom* crediticio terminó al deteriorarse fuertemente la cartera de los bancos (el índice de la cartera vencida o morosidad salta de 1.43% en 1989 a más de 8% en 1994, cuando el porcentaje aceptado por las normas internacionales para la morosidad es de 3.5), con lo que los administradores de dichas instituciones vieron aumentar la pérdida del control de las mismas.

Por su parte, el ordenamiento jurídico y la propia supervisión¹²⁷ también desempeñaron un papel importante en la situación de insuficiencia del Sistema Bancario Mexicano. Al contar con un frágil esquema regulatorio, las transacciones financieras se llevaron a cabo sin completa transparencia. Los grupos financieros realizaron negocios que no se encontraban respaldados por las empresas, utilizando en diversas ocasiones la reputación para acceder a los mercados de crédito, no dejando que los criterios generales del mercado dictaminasen la solvencia de los prestamistas, ni que se evaluara correctamente el riesgo de una inversión.

Esta falta de rigurosidad en las normas jurídicas bancarias contribuyó a su vez a las expansiones crediticias (la autoridad supervisora en lugar de frenar esta expansión, permitió que el crédito siguiera expandiéndose, y la morosidad elevándose) y al aumento en el precio de los activos, ignorando la situación financiera real del sector privado al ocultarse transacciones altamente apalancadas y de bajo rendimiento. Por lo tanto, la ineficiencia de la regulación del sistema bancario y administrativo (corporativo) incentivó las transacciones y las inversiones más riesgosas. Situación que se agravó por la falta de resonancia en el sistema bancario y la escasa información acerca del riesgo real de las carteras de inversión.

En consecuencia, la capacidad del BANXICO de elevar las tasas de interés para detener ataques sobre la divisa se vio mermada por el aumento en la probabilidad de quiebra de bancos y otras instituciones financieras.

Como resultado de la acelerada salida de capitales ocasionada por el incremento en la percepción del riesgo crediticio de México, y del aumento en la probabilidad de devaluación del peso por parte del BANXICO, finalmente en diciembre de 1994 el gobierno se vio obligado a ajustar la paridad de la divisa. Adicionalmente, de enero a marzo el peso se depreció un 46% y en marzo la tasa de CETES alcanzó un nivel de 80%, trayendo como consecuencia una gran debilidad del sistema bancario y una recesión económica sin precedente: el PIB real cayó 6.2% en 1995.

¹²⁷ Cfr. *Idem.* pág. 33.

La crisis económica que se desató a raíz del ajuste de la paridad cambiaria dio inicio a un nuevo tipo de crisis financiera y de balanza de pagos¹²⁸. Los efectos posteriores a una devaluación, que en la teoría clásica eran el regreso al equilibrio, desembocaron en un aumento sistemático en la incertidumbre y en la vulnerabilidad de otras economías emergentes. Movimientos en la paridad cambiaria que antes eran consecuencia son, después de la "crisis del tequila", premisa para abruptas corridas bancarias y sobre las divisas, ya que "el cambio en el valor de la moneda causa a la vez otra serie de efectos que la teoría clásica no puede explicar"¹²⁹.

Como consecuencia del pánico financiero que se sobrevino en México, el gobierno se vio obligado a solicitar apoyo a la comunidad internacional para poder hacer frente a sus obligaciones de corto plazo. Conjuntamente, la autoridad monetaria subió drásticamente las tasas de interés por fondeo interbancario, las cuales llegaron a niveles superiores al 100 por ciento hacia marzo de 1995.

Sin duda, el sector bancario fue uno de los que resistieron más drásticamente los efectos de la crisis de 1995, en tan sólo a cuatro años de su privatización, entró en su más profunda crisis: altos índices de morosidad ocasionados por las elevadas tasas de interés; la contracción de la oferta de fondos prestables; la disminución en el nivel de intermediación financiera, así como la desaceleración económica, hicieron necesario la intervención del Estado en la capitalización de dichas instituciones a través del FOBAPROA y mediante diversos programas de financiamiento destinados al fortalecimiento del sector bancario.

Como se pudo observar, una política macroeconómica expansiva en un entorno internacional favorable (bajas tasas de interés, términos de intercambio elevados) puede contribuir al sobrecalentamiento de la economía, a un endeudamiento externo excesivo y al surgimiento de burbujas especulativas, comprometiendo así la estabilidad del sistema financiero y particularmente al bancario. Este razonamiento de explicación macroeconómica no es enteramente satisfactorio si no se atiende, en mi opinión, una de las principales lecciones que dejó la crisis: el ineficaz sistema de regulación y supervisión del Sistema Bancario Mexicano.

Si bien la desregulación y la apertura de los mercados financieros promueve su desarrollo eficiente en el largo plazo, ésta propicia, en determinadas circunstancias, el rápido y muchas veces desordenado crecimiento del sector financiero en el corto plazo, para lo cual, de debe contar con un sistema de supervisión acorde con las circunstancias de crecimiento.

¹²⁸ Cfr. Hernández Trillo, Fausto y López Escarpulló, Omar. *Op. Cit.*, pág. 372.

¹²⁹ *Idem.*

En esta coyuntura, las instituciones de supervisión se ven abrumadas por las tareas que deben enfrentar y generalmente son incapaces de evitar el fuerte deterioro de la cartera vencida de los bancos. El deterioro de la cartera muchas veces es también consecuencia de prácticas oscuras e incluso fraudulentas que no son frenadas ni sancionadas oportunamente por los supervisores. Los incentivos de los supervisores se desvirtúan al deteriorarse la salud de los bancos. Generalmente, los supervisores se preocupan más por mantener a los bancos en operación que por reconocer oportunamente la gravedad de la situación, aquí cabe aquella frase que establece: "los buenos tiempos no son buenos para aprender".

Cuando una crisis estalla, los países por lo general no cuentan con el marco institucional y legal necesarios para tomar las medidas que son adecuadas para resolver la crisis. Por ello, los costos para resolver las crisis suelen aumentar de manera significativa en los meses siguientes al estallido de las mismas.

La duración y el costo final de una crisis están asociados a la capacidad del gobierno para incentivar a los bancos en administrar adecuadamente su cartera durante las mismas y para vender los activos adquiridos a través de las intervenciones y las compras de cartera.

Dada la complejidad de las crisis bancarias, generalmente la revisión del marco regulatorio ocurre varios años después del estallido de las mismas. En nuestro país ocurrió de esa manera, se gestó un proceso de revisión mediante el fortalecimiento del marco regulatorio y los mecanismos de supervisión tradicionales y de mercado. Entre las medidas concretas que se adoptaron destacan las siguientes: mayores requerimientos de capitalización, limitaciones al banco central para otorgar apoyo a los bancos en situaciones de emergencia, menor cobertura y primas del seguro de depósitos ajustadas por riesgo, la obligación de los bancos de fortalecer sus sistemas de administración de riesgos, el establecimiento de auditorías internas y externas regulares a los bancos, el desarrollo y la publicación de información que describa fielmente la salud financiera de los bancos para que los depositantes, acreedores y accionistas tengan una mayor capacidad de distinguir a bancos seguros de bancos riesgosos y para que las autoridades puedan tomar medidas preventivas en los casos de aquellos bancos que sea conveniente.

Además, se tiene que entender que los métodos tradicionales de supervisión bancaria tienen fuertes limitaciones, por ello es fundamental que éstos se complementen con mecanismos de supervisión de mercado y con una mayor corresponsabilidad de los administradores y los accionistas de los bancos, para lo cual, se requiere exigir a los bancos mayor transparencia en sus operaciones y rigurosidad en la supervisión de las mismas. En este sentido, se debe incentivar y promover el desarrollo competitivo de los mercados de información crediticia debido a las externalidades positivas que su operación tiene sobre la salud del sistema financiero y la mayor

eficiencia que se obtiene en la asignación de los recursos de la economía al desarrollar este mercado.

El establecer la obligación a los bancos de que publiquen periódicamente información veraz y oportuna que describa con claridad su salud, resulta esencial para que depositantes e inversionistas puedan disciplinar a los bancos a controlar los riesgos que éstos asuman. También es importante la divulgación de aquella información sobre auditorías internas y externas regulares que no comprometan la existencia de una competencia efectiva entre los bancos.

Por último, es necesario establecer un mandato claro sobre la aplicación de la supervisión bancaria a través del fortalecimiento de las facultades de inspección y vigilancia y mediante una revisión integral y profunda del ordenamiento jurídico positivo vigente en torno a la eliminación de conflictos entre la supervisión y la regulación.

3. Inspección y Vigilancia.-

Se ha señalado en el presente trabajo de investigación que el macrosistema financiero en México está integrado institucionalmente por los sistemas bancario, bursátil, y no bancarios, mismos que están a cargo, en cuanto a su regulación y supervisión, por la SHCP, el BANXICO y las tres comisiones nacionales encargadas de la supervisión de los distintos sectores.

Por lo que respecta al sistema bancario, la regulación y la supervisión están a cargo de la SHCP, el BANXICO y de la CNBV; distribuyéndose en términos generales y dentro de este marco a la Secretaría lo relativo a la regulación estructural, al Banco Central la regulación operativa y cambiaria y, a la Comisión la supervisión.

El Capítulo II del Título Séptimo de la LIC al referirse a las funciones de supervisión a cargo de la CNBV las mencionan con la denominación genérica "De la inspección y vigilancia". Estas funciones son en clara alusión a las instituciones de crédito y se ordenan por la LCNBV y específicamente a través del RIVC de la propia CNBV.

Tradicionalmente se ha entendido en la legislación positiva bancaria por "vigilancia" la labor de supervisión que la CNBV lleva a cabo desde sus oficinas (*extra-situ* o de Gabinete), a partir de la información que recibe de las instituciones de crédito supervisadas; y como "inspección", la práctica de revisiones *in situ*. Así las cosas, todas las áreas sustantivas de supervisión a cargo de la CNBV están estructuradas con base en estas dos grandes funciones, y se cuenta, en cada caso, con divisiones operativas para cada una de ellas.

En los subsiguientes apartados del presente capítulo se analizarán brevemente ambas figuras procedimentales, como especies de la función supervisora que tiene como objeto, de conformidad con el artículo 5 de LCNBV, el evaluar los riesgos patrimoniales, operativos y administrativos en razón de liquidez, solvencia y estabilidad de las entidades financieras y del sistema en general.

A. Naturaleza Jurídica.-

He señalado que las funciones de Inspección y vigilancia tienen, en términos generales, un carácter preventivo en cuanto que a través de estos procedimientos se pueden detectar y corregir problemas de liquidez, solvencia y estabilidad del sistema bancario.

Parece existir discrepancia en la doctrina jurídica sobre las características de estas dos funciones específicas de la supervisión bancaria, ya que para algunos son funciones de mera auditoría y para otros, como es el caso del autor Acosta Romero, "se trata de funciones más amplias y más trascendentales que las de una mera auditoría por abarcar áreas mucho más grandes, como es el de vigilar que las instituciones de crédito se ajusten en sus operaciones a las disposiciones que establecen las leyes de la materia"¹³⁰.

Si se observa en legislación positiva mexicana, y en especial coincidencia con el jurista Acosta Romero, las funciones de inspección y vigilancia son más que meras funciones de auditoría, entendiendo por esta última aquello que "representa el examen de los estados financieros de una entidad, con objeto de que el contador público independiente emita una opinión profesional respecto a si dichos estados presentan la situación financiera, los resultados de las operaciones, las variaciones en el capital contable y los cambios en la situación financiera de una empresa, de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados"¹³¹; ya que las funciones de inspección y vigilancia tienen como objeto el hacer que las instituciones de banca múltiple cumplan con las disposiciones legales vigentes, tanto en el aspecto operativo, administrativo y financiero, sin circunscribirse a uno de ellos, como sería el realizar las funciones de auditorías.

El artículo 5 de la LCNBV es preciso al señalar que la supervisión (incluye a sus especies inspección y vigilancia) tendrá por objeto evaluar los riesgos de las instituciones de crédito en cuanto a sus controles, administración y vínculos patrimoniales a fin de procurar que mantengan una adecuada liquidez, sean solventes y estables.

¹³⁰ Acosta Romero, Miguel: *Nuevo Derecho Bancario*. Op. Cit. pág. 185.

Al momento en que el artículo en comento señala: "y, en general, se apeguen a las disposiciones legales y a los usos y sanas prácticas de los mercados financieros", descarta con ello una de las funciones específicas, como es la auditoría.

En cuanto a su naturaleza jurídica existe un mayor consenso por parte de la doctrina en atribuirle a estas funciones la cualidad de procedimientos¹³²; tal es el caso del doctor De la Fuente Rodríguez. Coincido con el referido autor en lo que se refiere a considerar estas figuras como un procedimiento y así lo señala nuestra propia legislación, en especial el RIVC de la CNBV al establecer de una manera tácita que se trata de medidas, diligencias o actuaciones.

Ahora bien, en cuanto a la materia, se trata de un procedimiento administrativo en razón de la rama jurídica que la conoce y, por lo que se refiere a sus elementos distintivos, será preventivo. Apoyo lo anterior en el artículo 15 del RIVC al señalar que los inspectores o visitantes carecen de facultades ejecutivas respecto del banco en que se encuentren comisionados.

De igual forma, la manera de cómo se regulan ambas figuras en el RIVC, esto es, mediante la descripción de los requisitos, pasos y objeto que persiguen las funciones de inspección y vigilancia, no dejan duda en torno a que se trata de un procedimiento administrativo de carácter preventivo que lleva a cabo la CNBV a través de funcionarios que carecen de facultades ejecutivas y que tienen por objeto hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

Por las características propias de cada función, la manera y forma de llevarse a cabo cada uno de los procedimientos serán distintos. Por lo que se refiere al procedimiento de inspección, será a través de las denominadas visitas; respecto al procedimiento de vigilancia, será a través de un programa. Para efectos del presente trabajo es preciso realizar algunos comentarios breves respecto al procedimiento de inspección, toda vez que se practica en las propias instituciones sujetas a inspección.

Las visitas de inspección se inician por orden expresa que realiza la CNBV (artículo 10 del RIVC) a través de un oficio que se expide y es dirigido a la propia institución, el cual, se notificará al funcionario a quien correspondan las funciones de dirección general, dirección regional, gerencia general o representante de la misma, y en donde se señale el carácter de la visita. En caso de no encontrarse algunas de las personas mencionados con antelación, la notificación se llevará a cabo a través del funcionario o empleado de mayor jerarquía que esté presente o "aquél con el que pueda comunicarse de inmediato" (podría ser cualquiera, incluso no menciona a qué tipo de

¹³¹ Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C. *Normas y procedimientos de auditoría*, Editorial IMCP, México, 1999, pág. 7.

comunicación se refiere, ya que la misma podría ser vía teléfono, fax, internet), iniciándose de igual manera la visita. En ambos casos, el inspector se deberá identificar debidamente y entregar el oficio correspondiente, dando aviso a la CNBV de la fecha en que tuvo verificativo el inicio de la visita.

Asimismo, el oficio cubrirá los requisitos de forma establecidos en el artículo 41 del propio RIVC, mismos que son: (i) lugar y fecha de su expedición, (ii) persona moral quien se dirija, (iii) disposiciones legales en que se funda, y (iv) nombre de la persona designada para practicar la "intervención" (sic). Al respecto, cabe mencionar que existe una falta de técnica legislativa, misma que da origen a confusión por parte del gobernado en no saber si se trata de una inspección o bien, si acaso la autoridad está practicando una intervención.

En la práctica de visitas de inspección se realizan informes que serán remitidos por el inspector a la CNBV, estos informes serán parciales (artículo 18 del RIVC) y generales (artículo 17 del RIVC). El objeto del informe parcial es comunicar a la Comisión las situaciones que por sus características e implicaciones deban informarse oportunamente, a fin de que la autoridad pueda hacer las observaciones pertinentes a la entidad financiera visitada; en cuanto al informe general, definirá las medidas a seguir en el caso que lo requiera, y como parte importante, según el artículo 20 del RIVC, los resultados y comentarios del visitador, así como también, las observaciones respecto de la ilegalidad, irregularidades, situaciones de cualquier otro orden, conclusiones y proposiciones que al efecto tenga el funcionario.

Ambos informes deberán dar cuenta de los hechos y de los documentos a que ellos se refieran, comprendiendo los aspectos cuantitativos y cualitativos que se hayan determinado en la visita; los cuales, hacen prueba plena de la existencia de los hechos y omisiones que en ellos se consignen y que se hayan conocido al practicarse la visita. En este caso, el inspector en jefe o el visitador deberá respaldar los hechos consignados en los informes con los documentos que lo acrediten.

También se levantará acta circunstanciada en caso de que el inspector, como resultado de la visita, tenga conocimiento de operaciones irregulares que afecten la estabilidad o solvencia de la entidad financiera y pongan en peligro los intereses del público en general. Para ello, el inspector deberá, respaldar lo asentado con los documentos que acrediten tal conocimiento.

Una vez terminada la visita, se comunicarán mediante oficio de observaciones dirigido a la entidad financiera que haya sido objeto de inspección, los resultados de la misma, a fin de que

¹³² Cfr. De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.* pág. 143.

exponga lo que a su interés corresponda y adopte las medidas de regularización correspondientes. No se establece en el RIVC el término que goza la institución de crédito para hacer valer su derecho, incurriéndose en violación a su garantía de audiencia.

Es importante destacar que la inspección (artículo 11 del RIVC) se deberá llevar a cabo en el horario de la persona visitada, y una vez iniciada la visita no podrá suspenderse sin autorización expresa de funcionario competente de la CNBV, pudiendo esta última habilitar días y horas cuando lo estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Por lo que se refiere al procedimiento administrativo de vigilancia, éste se lleva a cabo a través del Programa General Anual de Vigilancia (artículo 29 del RIVC), se desarrolla desde las oficinas de la CNBV y sin la participación directa de la vigilada. El programa en comento deberá ser aprobado por el Presidente de la CNBV y comprenderá el calendario de actividades a realizar, la forma y los términos de ejecutar controles, mismos que podrán ser modificados en la inteligencia de mantenerlos actualizados.

Los resultados del procedimiento de vigilancia serán comunicados al Presidente de la CNBV, con la periodicidad necesaria, a través de un informe que relacione objetivos, aspectos relevantes observados, evaluación practicada a la operación, funcionamiento y desarrollo de la entidad financiera vigilada y, proponiendo, en su caso, las medidas preventivas o normativas que en su caso procedan.

Para el caso de situaciones que puedan afectar la estabilidad, solvencia, eficiencia o productividad de la entidad financiera objeto de vigilancia, la CNBV adoptará las medidas correctivas que correspondan y formulará los oficios respectivos. En este sentido, se harán constar las observaciones pertinentes y se ordenará, según proceda, la realización de los actos necesarios para normalizar y aun para liquidar las operaciones irregulares, debiéndose supervisar su cumplimiento. Además, con base al artículo 31 segundo párrafo del RIVC, la CNBV "podrá (potestativamente) requerir la comparecencia de los administradores y funcionarios responsables" de la entidad vigilada, a fin de que expongan lo que a su interés corresponda en relación con las observaciones formuladas, sin que al efecto se señalen plazos y defensas, significando ello una violación al derecho de garantía de audiencia consagrado en la CPEUM para el caso de que la propia CNBV decida potestativamente llevar a cabo la intervención.

Por último, cabe señalar que el procedimiento de inspección no debe ser aislado al de la vigilancia, incluso, las áreas de inspección y vigilancia deben de retroalimentarse mutuamente; la primera recibe información sobre las anomalías o deficiencias detectadas por la segunda, así como peticiones de ésta para la práctica de visitas o investigaciones, y a su vez, le turnan copias de los

informes de los resultados de las visitas de inspección practicadas, así como de las observaciones formuladas con motivo de las mismas, para efectos de seguimiento (artículo 24 del RIVC).

4. INSPECCIÓN.-

Las funciones de inspección constituyen uno de los dos tipos de actividades sustantivas fundamentales de la supervisión (el otro se denomina vigilancia); se llevan a cabo mediante revisiones a las que se denominan "visitas de inspección", practicadas directamente en las instituciones de banca múltiple sujetas a la supervisión de la CNBV, de ahí que se denomine *in situ*.

El artículo 133 de la LIC junto con el Capítulo I del Título Segundo del RIVC de la CNBV denominado "*De la inspección*" son el fundamento jurídico, en términos generales, del procedimiento de inspección a las instituciones de banca múltiple.

En este sentido, el artículo 133 de la LIC de manera específica establece que la inspección tendrá por objeto revisar, verificar, comprobar y evaluar los recursos, obligaciones, patrimonio, así como las operaciones, funcionamiento y sistemas de control de las instituciones de banca múltiple, y en general, todo lo que pudiendo afectar la posición financiera y legal, conste o deba de constar en los registros, a fin de que se ajusten al cumplimiento de las disposiciones que las rigen y a las sanas prácticas de la materia.

Por su parte, el artículo 5 de la LCNBV en correspondencia con el artículo anterior, prevé que las visitas tendrán como objeto la verificación de las operaciones y auditorías de registros y sistemas, en las instalaciones o equipos automatizados de las entidades financieras y comprobar de esta manera el estado en que se encuentran estas últimas.

De observar lo que señalan los dos referidos artículos, podemos afirmar que la inspección abarca grandes sectores contables, financieros y jurídicos que consisten en vigilar que las instituciones de crédito se ajusten a lo previsto en las leyes financieras vigentes.

El término inspección deriva del latín *inspectio* y significa observación, diligencia, revisión; por su parte, el *Diccionario de la Lengua Española* define al mismo vocablo como "carga y cuidado de velar por alguna cosa"¹³³, por lo que existe semejanza en los significados. Adecuando el término inspección a la función propia de supervisión de la CNBV, podemos entender que ésta tiene como objeto el vigilar el exacto cumplimiento de los servicios administrativos, operaciones y, en general,

¹³³ Real Academia Española: *Op. Cit.* pág. 1174.

la observación de las actividades del Sistema Bancario Mexicano para asegurar que se ajusten a las disposiciones legales que le son aplicables.

La inspección se refiere, entonces, a la vigilancia del cumplimiento de una actividad pública o privada en razón del interés público que esa actividad representa.

Las visitas de inspección son de tres tipos: ordinarias de programa, especiales y de investigación.

Las visitas ordinarias de programa serán anuales (artículo 133 de la LIC); en efecto, al final de cada ejercicio se formulan los programas ordinarios para el año inmediato siguiente (el artículo 7 del RIVC lo denomina Programa Anual de Visitas Ordinarias) y se selecciona a las instituciones o entidades que se visitarán (inspeccionarán). Los aspectos o áreas que serán objeto de revisión se determinan en función de antecedentes y el comportamiento de cada institución, así como el que se deberán tener en cuenta los elementos derivados de las funciones de vigilancia.

Los programas por áreas o aspectos específicos pueden ser generales si se van a desarrollar en todo el sistema, o bien, selectivos si sólo se refieren a una o un determinado número de instituciones de banca múltiple. Durante el curso del ejercicio pueden agregarse programas no previstos originalmente.

En la banca múltiple las visitas programadas se encauzan básicamente a la revisión de áreas operativas específicas. Las más frecuentes son las de cartera de créditos, banca de inversión, financiamiento y operación de centros regionales, puntos de venta, etc. Por supuesto, cualquier área operativa puede ser objeto de revisión cuando se considere necesario.

Las visitas especiales y las de investigación se diferencian por el ámbito que cubren y la extensión que se les otorga; las primeras pueden ser tanto o más amplias inclusive que una visita de programa, se practican para examinar, y en su caso, corregir situaciones especiales operativas; las segundas se encauzan usualmente a una operación o a operaciones específicas, ya sea para revisar, aclarar o evaluar situaciones específicas y por lo tanto son las de menor duración. Unas y otras surgen de circunstancias o de hechos no previsibles, tales como:

1. Situaciones presuntamente anómalas, detectadas de improviso a través de las funciones de vigilancia o de las que se tuvo conocimiento por cualquier otro medio.
2. Peticiones de la SHCP, del BANXICO, del IPAB o de otras autoridades.
3. Quejas o denuncias de terceros.

Para la práctica de visitas se tiene un manual (según el artículo 19 del RIVC se denomina "instructivo correspondiente") con los procedimientos aplicables de manera general a las distintas áreas que hayan de ser objeto de revisión, independientemente de lo cual, para cada programa y en su caso para cada visita, se elabora un instructivo específico cuando es necesario.

Asimismo, la inspección abarca dos supuestos, uno preventivo y otro correctivo; en ambos se controla y comprueba el cumplimiento de las disposiciones legales mediante la práctica de visitas, el examen de expedientes, documentos y la vigilancia de ello.

Al cumplirse el objetivo principal de la inspección se determina la situación financiera y económica de las instituciones de crédito, caracterizando de esa manera su cualidad preventiva.

En cuanto al aspecto correctivo, es por la práctica *in situ* de las propias visitas que se realizan, lo que hace darle la factibilidad a que la autoridad le comunique a la visitada las medidas que deberá adoptar. A su vez, el artículo 22 del RIVC señala el derecho a la "visitada" (inspeccionada) de "exponer lo que a su interés corresponda" frente al informe que resulte de la inspección y las medidas de regularización que se le haya impuesto a través del oficio de observaciones que gire la CNBV.

Ahora bien, si las medidas correctivas no dan resultados esperados, las autoridades deben actuar rápidamente en la resolución de los problemas que descubren -ya sea mediante la intervención, revocación o la fusión de los bancos- el menor costo económico (inclusive fiscal) y social posible.

Al respecto, considero que las visitas de inspección son esenciales para identificar y corregir problemas de insolvencia y, si fuere necesario, tomar las medidas correspondientes. En este sentido, el artículo 16 del RIVC señala que el personal de la Comisión al practicar las visitas "tengan conocimiento de operaciones irregulares que afecten la estabilidad o solvencia" del banco y "pongan en peligro los intereses del público, deberá dar aviso a la Comisión, por la vía más rápida, para que ésta resuelva lo procedente". Es importante destacar en este sentido, que la hipótesis de inestabilidad o insolvencia de la institución de crédito tendrá como consecuencia el que se pongan en peligro los intereses del público, de tal forma que la norma al considerar esto último se vuelve reiterativa.

Asimismo, la inspección *in situ* es de vital interés en el proceso de supervisión bancaria puesto que por la falta de confiabilidad de los informes sobre el rendimiento y desempeño que los bancos están obligados a rendir a la autoridad cuando éstos enfrenten problemas o no, le otorga a

la CNBV la facultad de corroborar y desentrañar la magnitud de los mismos. Por ello, la inspección debe en este sentido, concentrarse en la calidad en vez del cumplimiento.

A. Inspectores.-

En este apartado se estudiará de manera conjunta y breve algunas particularidades de los visitadores e inspectores observadas a la luz del procedimiento de inspección. Al respecto, se debe hacer la precisión que nuestra legislación emplea los términos visitadores e inspectores como si se tratara de personas distintas, aunque en estricto sentido responden a un mismo procedimiento, esto es, al de inspección.

Con el objeto de fundar la anterior afirmación, me remito a lo dispuesto en el Capítulo I denominado "Generalidades" que se encuentra en el Título Segundo que reglamenta a la inspección. En efecto, los artículos 10 y 11 utiliza los vocablos visitadores e inspectores como sinónimos.

El inspector es la persona física y funcionario de la CNBV que está encargada de llevar a cabo directamente y por conducto de la Comisión la práctica de visitas de inspección a la institución de banca múltiple y quien tiene por objeto verificar la situación financiera, operaciones, procedimientos, controles internos, administración y cumplimiento de las disposiciones legales, y realizar todos los actos necesarios para cumplir con la orden de inspección que al efecto expida la CNBV mediante oficio expreso dirigido a la institución objeto de inspección.

Los inspectores y visitadores de la CNBV tienen distintas categorías jerárquicas en función de su capacidad técnica, experiencia y desarrollo profesional dentro del organismo. Cada visita en la que participa más de una persona tiene un responsable, que es el inspector o inspector de mayor categoría; además, las visitas están sujetas a supervisión por parte de un supervisor jerárquico.

Según la naturaleza y la importancia de los hechos o situaciones determinadas, el jefe de la visita puede formular informes parciales durante el curso de la misma. A su término, el responsable elabora un informe general que presenta al director de área anexando los documentos de trabajo y de apoyo necesario, los cuales se sujetan a un proceso de revisión y evaluación de laboratorio. Finalmente, se redacta un memorandum en el que se da cuenta de la visita, así como el oficio de observaciones a la entidad visitada con el correspondiente emplazamiento en cada caso de haberse determinado infracciones que deban ser sancionadas.

El artículo 136 de la LIC señala que los inspectores y visitadores serán personas de "notorios conocimientos en materia financiera comprobados" en los términos que determine el reglamento interior de la CNBV. Al respecto, el artículo 4 del RICNBV señala que el personal técnico de las áreas de inspección y vigilancia, deberán tener conocimientos comprobatorios en materia financiera y "contable" (se agregó este otro elemento en el Reglamento), satisfaciendo los requisitos técnicos y "aprobar los exámenes" que la CNBV establezca.

Coincido con el doctor De la Fuente Rodríguez en cuanto a que los inspectores y visitadores deberán ser personas de "reconocida capacidad moral y profesional"¹³⁴, características que la propia legislación no toma en consideración, sino que se orienta exclusivamente en el aspecto técnico.

A.1. Facultades.-

Las facultades de los inspectores son las que se señalan en las disposiciones generales positivas a las que he me referido con anterioridad. Sin embargo, al ser funcionarios de la CNBV y actuar con base al desempeño de una gestión pública tendrán facultad de autoridad, misma que deriva de las facultades y funciones de la propia Comisión.

Con el objeto de hacer sistemáticamente el cúmulo de facultades mencionaré en este apartado las que le son propias a la CNBV consagradas en el artículo 9 del RIVC:

1. Verificar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas aplicables y la observación de los usos y sanas prácticas en la operación y funcionamiento de las instituciones de crédito.
2. Verificar el registro oportuno, completo y correcto de las operaciones bancarias que puedan derivar en responsabilidades u obligaciones.
3. Comprobar la existencia de los bienes que forman el activo, pasivo y cuentas de capital y la documentación que lo acredite, así como verificar y comprobar los estados financieros de la propia institución.
4. Evaluar la estructura de organización y los sistemas de contabilidad y control interno, para preservar la solvencia y estabilidad de los bancos.
5. Analizar, investigar y comprobar desviaciones a las disposiciones legales aplicables, operaciones relacionadas con quejas o denuncias.

¹³⁴ De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de Motivos, Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM*. Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 1177.

6. Comprobar la ejecución de acciones correctivas ordenadas por la propia Comisión o de otra autoridad y verificar y comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales del orden federal.

Para un mejor desempeño de las facultades antes descritas, los inspectores podrán sacar copias de la documentación que obre en poder de la visitada y previo cotejo con sus originales, se podrán certificar por aquellos y se anexarán a los informes que rindan en las actas que levanten con motivo de la visita (artículo 6 del RIVC), así como tener acceso irrestricto a las fuentes de información necesarias y disponer del equipo técnico y de computación adecuados y de personal técnico que soporte para tal equipo.

Ahora bien, considero importante destacar una característica en las facultades de los inspectores en el ejercicio de sus funciones, y es que no tendrán facultades ejecutivas o de resolución, limitándose a informar oportuna y periódicamente, conforme a las instrucciones que haya recibido, sobre las operaciones que se efectúen, el desarrollo de los programas de regularización o correctivos y, en general, todo lo concerniente a la evolución que presente la institución de crédito.

A.2. Obligaciones.-

Los inspectores y visitadores están obligados a cumplir con lo ordenado en las instrucciones que al efecto establezca la Comisión en el oficio de inspección correspondiente, en donde se señale el carácter de la visita y el objeto de la misma.

Para el buen desempeño de sus funciones, los inspectores tienen que realizar informes parciales y generales en donde funden su opinión con base en elementos objetivos, ya sean informes o documentos existentes, obligándose al efecto, a presentarlo ante el superior jerárquico en un término razonable (mismo que no se especifica en la norma) y firmado, sin que en su preparación intervenga el personal de la visita ni persona ajena a la Comisión.

Expresamente prevé el artículo 15 del RIVC que los inspectores se abstendrán de ordenar ajustes, castigos y cualquier otro movimiento contable, así como dar otro tipo de órdenes o instrucciones al personal del banco en relación con los negocios y operaciones propios de ésta. Se observa en ello la congruencia que guarda el precepto con relación a que los inspectores carecen de facultades ejecutivas, ya que esto último se traduce en una imposibilidad jurídica de resolución respecto de los actos sujetos a inspección; sin embargo, el artículo en comento es sumamente

amplio en cuanto al ámbito de prohibición, ya que, además de referirse a los aspectos generales de contabilidad, abarca desde las operaciones en general y hasta los negocios de la propia entidad.

Asimismo, deberán los inspectores observar la mayor confidencialidad respecto la información o conocimientos que hayan obtenido en el ejercicio de las funciones realizadas.

Ahora bien, en el RIVC existen dos supuestos distintos que establecen obligaciones a los inspectores y que tiene interés para el objeto del presente trabajo, como es, la advertencia o conocimiento que tenga la CNBV de la práctica de operaciones irregulares.

Por una parte, la hipótesis (artículo 16 del RIVC) de cuando los inspectores "tengan conocimiento de operaciones irregulares que afecten la estabilidad o solvencia" de la Institución de crédito y "pongan en peligro los intereses del público", éstos deberán dar aviso a la Comisión (por la vía más rápida), para que ella resuelva lo procedente y, "cuando la gravedad lo amerite", se levantará acta circunstanciada en que se harán constar las irregularidades, "pudiendo el visitador o inspector poner bajo custodia la documentación e información que estime necesario".

Por lo que se refiere a la hipótesis prevista en el artículo 12 del RIVC de cuando la CNBV advierta la práctica de operaciones irregulares o que no se ajusten a lo dispuesto por las leyes, el Presidente de la CNBV, con acuerdo de la Junta de Gobierno, "ordenará la liquidación o regularización de dichas operaciones y podrá designar con carácter permanente a uno o más inspectores" que efectúen la supervisión y comprobación respectivas, quienes no tendrán facultades ejecutivas o de resolución, limitándose a informar oportuna y periódicamente, conforme a las instrucciones que haya recibido sobre las operaciones y, en general, todo lo concerniente a la evolución que presente la entidad inspeccionada.

Así, en la primer hipótesis (artículo 16 del RIVC) se dará aviso a la CNBV por la vía más rápida para que ésta resuelva lo procedente, misma que podría actualizar la hipótesis del artículo 138 de la LIC y declarar la intervención bancaria, ya que tiene como presupuesto la afectación de la estabilidad o solvencia y la puesta en peligro de los intereses del público. En la segunda hipótesis (artículo 12 del RIVC), la CNBV ordenará que se lleve a cabo por la propia institución la liquidación o regularización de dichas operaciones, y no por los inspectores designados con carácter permanente, ya que éstos sólo tienen facultades de supervisión y comprobación, mas no ejecutivas o de resolución. En este sentido, la hipótesis tiene como presupuesto la práctica de operaciones irregulares y sin que ellas se traduzcan en una afectación a su estabilidad o solvencia y puesta en peligro de los intereses del público.

5. Vigilancia.-

La vigilancia a las instituciones de crédito y al sistema en general está prevista de manera genérica en el artículo 134 de la LIC y consiste en cuidar que las instituciones de crédito cumplan con el ordenamiento legal y los que deriven de ellos, y atiendan, tanto las indicaciones como las observaciones que la propia CNBV realice como resultado de las visitas de inspecciones practicadas.

Lo anterior podría indicar que el procedimiento de vigilancia deriva de la inspección, o incluso, que tiene su base en él, sobre todo por la conexión existente entre ambos procedimientos; sin embargo, la vigilancia tiene regulación propia y persigue fines distintos. Ambos procedimientos corresponden a una función específica de la autoridad, la supervisión bancaria, y en este sentido, cada uno no pierde su autonomía.

En razón de lo expuesto, el artículo 5 de la LCNBV refiere a esta función específica de la supervisión al sistema bancario como el "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".

Por su parte, el artículo 26 del RIVC ampliando el concepto señala que la CNBV ejercerá la vigilancia mediante la comprobación y evaluación sistemática del funcionamiento, servicios y operación del sistema bancario y cuidar, prevenir, identificar y corregir oportunamente las situaciones que puedan afectar su estabilidad, solvencia, eficiencia y productividad. De tal forma que la vigilancia se traduce en una actividad que integra el cuidado de los aspectos patrimoniales del sistema bancario.

En este sentido, las funciones de vigilancia consistirán en "el monitoreo de las operaciones efectuado desde las oficinas de la CNBV, así como su seguimiento y análisis"; de ahí que también se conozca como supervisión *extra situ* o de Gabinete.

Como se ha señalado, la función de vigilancia es estrictamente analítica en áreas técnicas de información económica, financiera y riesgos que las instituciones proporcionan, tanto a las autoridades como al mercado general, principalmente a la información que pueda significar peligro en la estabilidad y solvencia de una entidad o grupo financiero o el sector financiero en su conjunto. Por ello, es importante que el marco legal cuente con un sistema eficaz, eficiente y obligatorio para que los bancos proporcionen regularmente información estadística clave y la autoridad con capacidad técnica para llevar a cabo análisis rigurosos y continuos de esas estadísticas para prever mejor los problemas.

De tal forma que las instituciones de banca múltiple al estar obligadas (artículo 3 del RIVC) a prestar a los inspectores (CNBV) todo el apoyo que se les requiera, y proporcionar datos, informes, registros, libros de actas, auxiliares, documentos, correspondencia, y en general, la documentación que aquellos estimen necesaria para cumplir su cometido de inspección, le brinda a la autoridad la posibilidad real de realizar sus funciones de vigilancia.

En principio, la vigilancia que realiza la CNBV es preventiva y no punitiva, ya que la misma tiene por objeto evitar que se cometan violaciones a las leyes. Sin embargo, en caso de que aún con la vigilancia preventiva que ejerce la propia Comisión, haya omisiones o infracciones a las leyes, su vigilancia se convierte en punitiva y por ende, tiene la facultad de imponer sanciones a las instituciones de crédito de banca múltiple.

Ahora bien, con el objeto de mejorar las funciones de vigilancia a cargo de la CNBV y especialmente atendiendo al principio de salvaguardar la solvencia y estabilidad de las instituciones y del sistema en general, el 4 de junio del 2002 se reformó el artículo 133 de la LIC y se agregaron los artículos 134 Bis, 134 Bis 1.

En las reformas señaladas, entre otras novedades se establece en el artículo 133 de la LIC que en el ejercicio de sus funciones, la CNBV "podrá contratar los servicios de auditores y de otros profesionales que le auxilien en dicha función" y clasificará a las instituciones de crédito en "niveles" según su adecuación a los requerimientos de capitalización que reflejen el grado de estabilidad y solvencia de cada entidad, para lo cual, señala una serie de medidas y correcciones que tendrán que llevar a cabo las entidades para garantizar su estabilidad y solvencia.

Antes de las reformas en comento nuestra legislación establecía que las funciones de vigilancia eran preventivas (artículo 134 segundo párrafo de la LIC); sin embargo, con las modificaciones a la ley en cuanto a las reglas de adecuación de capital y clasificación que refleje el grado de estabilidad y solvencia de las instituciones de crédito se atribuye un carácter correctivo a esta función para el caso de incumplimiento.

En efecto, se establecen una serie de adecuaciones o correcciones internas que deberán llevar las instituciones de banca múltiple que sean el reflejo de las reglas de adecuación de capital y clasificación al grado de estabilidad y solvencia, tales como: (i) suspender el pago de dividendos, recompras de acciones y cualquier otro mecanismo que implique una transferencia de beneficios patrimoniales a los accionistas; (ii) presentar un plan de restauración de capital que deberá ser aprobado por la CNBV; (iii) revisar e instrumentar adecuaciones a las políticas de compensaciones adicionales y extraordinarias al salario de los funcionarios de niveles superiores, así como a las políticas de contratación de personal; (iv) diferir el pago de principal de las obligaciones

subordinadas que haya emitido, o en su caso, convertirlas anticipadamente en acciones; y (v) abstenerse de realizar operaciones que impliquen disminución en el índice de capitalización.

Para el caso de incumplimiento de tal medida cautelar, la propia LIC en su artículo 134 Bis 1 establece como elementos correctivos o de prohibición los siguientes: (i) suspender el pago de dividendos, operaciones de adquisición de acciones por la propia institución o por la sociedad controladora del grupo al que aquélla, en su caso, pertenezca y cualquier otro acto que implique beneficios patrimoniales para los accionistas; (ii) diferir o cancelar el pago de intereses, o diferir el pago de principal de las obligaciones subordinadas que haya emitido, o en su caso convertirlas anticipadamente en acciones; (iii) presentar un plan de restauración de capital que deberá ser aprobado por la CNBV, oyendo la opinión de la SHCP; y (iv) abstenerse de celebrar operaciones adicionales con personas relacionadas.

Los objetivos perseguidos con la supervisión *extra-situ* para la banca múltiple son: desarrollar metodologías de monitoreo permanente de las instituciones supervisadas, con el objeto de observar y analizar sus principales actividades, riesgos asumidos y tendencias. En este sentido la CNBV está desarrollando el Sistema de Análisis Financiero (SAF), mismo que es una herramienta que, con el apoyo de una base de datos financieros, permite la elaboración de análisis individuales, comparativos o sectoriales de las entidades que componen nuestro sistema financiero. Atendiendo a la prontitud que requiere el procesar la información necesaria, este sistema elimina en gran medida la entrega física de información financiera que los intermediarios deben proporcionar a la CNBV tendiendo a facilitar y aumentar la eficiencia de las labores de análisis y seguimiento de las instituciones supervisadas, así como la medición y valoración de los riesgos que enfrentan.

Así las cosas, la meta de una eficaz vigilancia no es una mayor información, sino una *mejor información*, es decir, una información objetiva, precisa, completa, pertinente y oportuna, y que pueda compararse con la de otros bancos y países.

Muchas son las áreas de vigilancia en la CNBV tendientes a lograr sus objetivos, dentro de ellas se pueden señalar como actividades importantes, entre otras, aquellas que desempeñan análisis y evaluación financieras de las entidades supervisadas, tanto en lo individual como de los sectores en su conjunto (banca múltiple, banca de desarrollo, sistema unionístico, arrendamiento financiero, factoraje, casas de bolsa, etc.); revisión de sus balances anuales, trimestrales, estados de contabilidad y financieros; validación y confrontación de cifras; formulación de los cómputos derivados de disposiciones legales; examen de la diversificación de riesgos e identificación y seguimiento de conglomerados económicos; control y seguimiento de los resultados de las calificaciones de la cartera de créditos y la correspondiente creación de reservas; control y seguimiento de los llamados "créditos relacionados" otorgados a consejeros, accionistas y personas

vinculadas con ellos; control y seguimiento de la valuación de las inversiones; control y seguimiento de empresas filiales; control y seguimiento de oficinas directas (sucursales) y de subsidiarias en el extranjero; control y seguimiento de bienes recibidos por adjudicación o dación en pago; supervisión de inversiones inmobiliarias, de avalúos y de los peritos valuadores bancarios; revisión de las reservas para pensiones personales y primas de antigüedad y de sus inversiones, etcétera.

6. Obligaciones de las Instituciones de Crédito.-

En los últimos años la actividad bancaria ha adquirido especial importancia dentro del mundo del derecho, especialmente por su naturaleza y las características del impacto social que tendría su ineficaz regulación y supervisión.

En este sentido, las funciones de vigilancia e inspección al sistema bancario y a las actividades que desempeñan las instituciones de crédito han sido uno de los tópicos en que los defensores de la "banca libre" no están de acuerdo. En un extremo se inclinan a considerar que el sistema bancario, por lo menos en teoría, no es diferente de otras actividades económicas, y en consecuencia no requiere una vigilancia especial, sujetándolo exclusivamente a las normas del derecho privado; se llega a sostener la permisibilidad de quiebra de bancos en dificultades, como cualquier otra empresa de la economía. Por el contrario, hay quienes sostienen que el sistema bancario debe estar inmerso a un estricto sistema de inspección y vigilancia, sujetando su actividad a un régimen de normas de derecho público.

Al referirme a las obligaciones de las instituciones de crédito es referirnos, con base a las características de nuestro ordenamiento legal positivo, al tipo de normas que integran el Sistema Bancario Mexicano. No se expondrá en este apartado el basto régimen de obligaciones al que están sujetas las instituciones de banca múltiple, ya que rebasaría los alcances del presente trabajo; sin embargo, se analizará de manera concreta algunas de las obligaciones en el ámbito del procedimiento de inspección y vigilancia.

Desde el punto de vista de la sistemática jurídica, el conjunto de normas jurídicas que regulan a la actividad bancaria está considerado como una rama compleja del Derecho, ya que por su naturaleza participa de normas de naturaleza pública, privada y social¹³⁵.

En lo referente a las normas que regulan al procedimiento administrativo de inspección y vigilancia, por su naturaleza procedimental, participan de normas de Derecho Público al intervenir el

¹³⁵ Cfr. Mendoza Martell, Pablo y Preciado Briseño, Eduardo. *Op. Cit.* pág. 23.

Estado investido de su potestad, imperio o autoridad ante las instituciones de crédito quedando subordinadas a éste las relaciones jurídicas; pero no se agota en ello, por la finalidad que persigue en cuanto a proteger los intereses del público, las normas sustantivas de la inspección y vigilancia se fundan en la justicia social, y por tanto, corresponden al Derecho Social.

Después de haber hecho las acotaciones anteriores, es posible observar que el ordenamiento jurídico positivo bancario esta plagado de una gran cantidad de normas que imponen obligaciones a las entidades financieras. En este sentido, al estar obligadas (obligado es la persona que debe realizar -u omitir- la conducta ordenada -o prohibida- por el precepto) se restringe su libertad exterior por la facultad concedida a la autoridad en exigirles una conducta negativa. A continuación se estudiarán algunas de las obligaciones a las instituciones de crédito en el ámbito de la inspección y vigilancia.

Las instituciones de banca múltiple, en conformidad con los artículos 135 de la LIC y 19 de la LCNBV, están obligadas a prestar y proporcionar a los inspectores todo el apoyo que se les requiera, proporcionando los datos, informes, registros, libros de actas, auxiliares, documentos, correspondencia y en general, la documentación que los mismos estimen necesaria para el cumplimiento de su cometido; pudiendo tener acceso a sus oficinas, locales y demás instalaciones.

La institución bancaria "visitada", de conformidad con el artículo 4 del RIVC, deberá dar a los visitadores acceso irrestricto a las fuentes de información periódica para fines estadísticos o para otros, y, en su caso, poner a su disposición el equipo de cómputo y a sus operadores, así como al personal especializado que sea necesario para la práctica de la visita.

De conformidad con el artículo 5 del RIVC, cuando de la práctica de una visita se conozca un hecho relevante que no pueda ser acreditado con la documentación de la visitada, el representante legal o el funcionario competente de ésta, considerando la índole de las funciones que desempeñe, a requerimiento expreso de los visitadores, deberá rendir de inmediato un informe que describa o precise el hecho de referencia.

Por último, huelga decir que la inspección y vigilancia, a través de un régimen de obligaciones y prohibiciones, no siempre logra cumplir su aspecto teleológico; siempre existirán incumplimientos y contravenciones al régimen legal. Después de todo, incluso las leyes adecuadas y una buena policía no eliminan la criminalidad. Lo importante es que ésta disminuya y que los criminales no son siempre los mismos.

CAPÍTULO CUARTO

INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

1. Generalidades.-

En este capítulo abordaré el tema central del presente trabajo, la intervención bancaria y, específicamente, al de las instituciones de banca múltiple, tanto en su modalidad administrativa como gerencial.

Las consecuencias desastrosas que para el interés público tienen las situaciones de crisis financieras y, particularmente, los aspectos de quiebra de los bancos hacen que, en el ámbito de regulación del Sistema Bancario Mexicano, se establezcan medidas preventivas y correctivas que le atribuyen a la autoridad supervisora la posibilidad de intervenir la gestión o sustituir los órganos de administración de dichas entidades financieras.

El ordenamiento regulatorio en materia de supervisión del sistema bancario constituye un conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto garantizar el interés público mediante la restricción o la prohibición de operaciones o actividades que impliquen riesgos de insolvencia, estabilidad o problemas de liquidez de los bancos¹³⁶.

Por ello, razones objetivas justifican la intervención a las instituciones de banca múltiple. El propio ordenamiento jurídico en México sanciona al respecto la habilitación correspondiente en el Capítulo II del Título Séptimo de la LIC bajo la denominación general "*De la inspección y vigilancia*". Intereses públicos y generales, dado el papel que la Banca tiene en la vida del país, control de la situación monetaria, así como defensa de los intereses y buena fe del público, están en la base justificando esa intervención, que incide no sólo en la constitución de la entidad financiera, sino que posteriormente se proyecta también sobre toda su gestión.

El problema radica, y es en lo que me interesa insistir al analizar el sentido de la intervención bancaria, en modular su intensidad. Es en este punto, partiendo de los datos expuestos a lo largo de este trabajo, que interesa destacar cómo, en el caso concreto de las instituciones de banca múltiple, todo el complejo mecanismo intervencionista derivado del *statu quo* bancario ha venido situando frente a uno de esos supuestos característicos en los que su sentido

¹³⁶ Cfr. De la Fuente Rodríguez, Jesús: Derechos, deberes y facultades de la CNB en *Comisión Nacional Bancaria*, Nacional Financiera y Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 176.

restrictivo se institucionaliza en la práctica, por encima de las razones mismas que lo justifican, al *servicio de los intereses* reales y concretos de un determinado grupo.

Primero que nada, existe una necesidad lógica en definir la palabra intervención, esto es, como acción y efecto de intervenir, significando en su sentido amplio el "dirigir, limitar o suspender una autoridad el libre ejercicio de actividades o funciones"¹³⁷. Al adoptarse el concepto por la esfera jurídica se establece como la incorporación a un proceso ya incoado de persona que se halle autorizada para hacerlo, en cualquiera de las formas o modalidades admitidas por la legislación procesal¹³⁸.

En segundo término, la intervención administrativa que lleva a cabo la CNBV a las instituciones de banca múltiple, conforme a las disposiciones legales vigentes en México, se distingue entre (i) intervención administrativa en *stricto sensu*, a la cual me refiero como "intervención preventiva"; e (ii) intervención con carácter de gerencia, o "intervención gerencial" como medida correctiva o sanción.

Aun cuando en ambos tipos de intervención las autoridades toman el control administrativo de la Institución correspondiente, las causas, el nivel de control y los fines de cada una son diferentes. Desde un punto de vista de técnica legislativa, considero necesario que ambas figuras se distingan de manera precisa, ya que, como se aprecia, la legislación en México es imprecisa y vaga, lo cual, podría fomentar el abuso de la facultad intervencionista por parte de las autoridades supervisoras.

En el presente capítulo, aun cuando haré referencia a ambas intervenciones, centraré mi atención de manera especial a la intervención gerencial, cuya finalidad principal es la de lograr la solvencia y estabilidad financiera de las instituciones y, por consecuencia, la de evitar que el público no corra el riesgo de perder sus ahorros.

Al analizar el procedimiento de intervención, se observa cómo las facultades de los interventores y las relaciones de éstos con los órganos sociales de la entidad financiera intervenida, (particularmente en la intervención gerencial), significan un procedimiento confiscatorio que no respeta la garantía de audiencia a quienes la sufren.

¹³⁷ Real Academia Española, *Op. Cit.*, pág. 1182.

¹³⁸ Cfr. De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael: *Diccionario de Derecho*. Vigésimoseptena edición. Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 332.

2. Antecedentes legislativos de la intervención en México.-

Las atribuciones de la autoridad en materia bancaria han sido previstas en todos nuestros ordenamientos jurídicos y sus orígenes están íntimamente ligados con el desarrollo de la actividad bancaria. En lo que respecta a la facultad concedida al Estado de intervenir a las instituciones de crédito en los términos de como la conocemos hoy en día, considero que ésta surge de forma paulatina y de la mano a la facultad *in genere* de supervisión a cargo de las autoridades financieras de regular el quehacer bancario, especialmente por la posibilidad de que éstas intervengan directa o indirectamente en la operación y gestión de las entidades financieras. De tal forma que la configuración y regulación de esta figura está íntimamente ligada a las funciones de vigilancia e inspección a las instituciones de crédito.

En este apartado no se pretende hacer un examen riguroso respecto a la evolución histórica de la intervención bancaria, sino presentar los puntos más relevantes y sobresalientes que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto; considerándolos, sobre esta base, como antecedentes para el diseño de esta figura jurídica.

En la Ley de Instituciones de Crédito publicada en el DOF el día 19 de marzo de 1897 se estableció un sistema de vigilancia bipartito: uno directo y mediante interventores particulares para cada banco, con facultades que consistían en la supervisión de activos, pero sin poder intervenir en su administración (artículo 113); y otro, de manera indirecta, por medio del público en general a través de la publicidad que tenían que efectuar las entidades financieras de sus balances mensuales e informes anuales; significando ello una incipiente supervisión y un débil intento de intervención bancaria.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, publicada en el DOF el día 16 de enero de 1925, en su artículo 132 previó que la vigilancia a las instituciones de crédito correspondía a la Secretaría de Hacienda por medio de inspectores ordinarios y extraordinarios con personal de la Comisión Nacional Bancaria que tuviera conocimientos técnicos. En este sentido, la vigilancia fue más eficiente que lo ordenado en la ley anterior, sin embargo, versó sobre las operaciones, lo que me lleva a considerar que se trató de funciones de simple auditoría.

En la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancario de 1926, publicada en el DOF el día 29 de noviembre de 1926, en su artículo 283, se previó que los inspectores de la Comisión Nacional Bancaria tendrían las mismas facultades que las leyes les otorgan a los comisarios de las sociedades anónimas. No obstante, mediante Decreto publicado en el DOF el día 31 de agosto de 1927 que reformó a la ley en comento en su artículo 278, se estableció que,

cuando en virtud de la inspección sobre las instituciones de crédito aparecieran operaciones indebidamente garantizadas o ilegales y, una vez transcurrido el término concedido a la institución de crédito que considerara la Secretaría de Hacienda (sin que excediera de 30 días) para legalizarlas, ésta "podrá ordenar que se suspenda la ejecución de las operaciones cuyo estado sea ilegal y aún, que se proceda a la liquidación, promoviendo la declaración de quiebra, si fuere el caso. Al efecto, la propia Secretaría dispondrá que un Inspector designado por la Comisión Nacional Bancaria se haga cargo de la Institución y consigne el caso al juez competente para que se provea el nombramiento de las dos negociaciones bancarias o de los dos comerciantes o abogados, que en unión del delegado de la indicada Secretaría, constituyan la comisión liquidadora". De lo anterior, se posible observar verdaderos intentos de la autoridad en reglamentar la figura de intervención bancaria, sin embargo, ésta presentó en su origen un carácter ineficaz, específicamente por haberse equiparado a la del comisario de las sociedades anónimas. No obstante, la facultad de designar a un inspector son adelantos que nuestra legislación experimentó aun cuando ello tenía como finalidad asegurar la correcta quiebra de la institución de crédito.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 publicada en el DOF el día 29 de junio de 1932, previó en su artículo 171 que, cuando se comprobaran irregularidades de cualquier género en la organización o en el funcionamiento de las instituciones de crédito sometidas a la inspección de la Comisión Nacional Bancaria que afectaran la estabilidad o solvencia de las mismas y pusieran en peligro grave los intereses de los depositantes, ésta "podrá designar un inspector permanente que se haga cargo de la institución, o pedir el estado de suspensión de pagos, en los términos de la Ley, pudiendo también vetar la realización de todas las operaciones que se practiquen en contra de lo dispuesto en la Ley". Mediante Decreto publicado en el DOF el día 31 de agosto de 1934 que reformó el artículo 171, esta atribución se le otorgó al Presidente de la Comisión, y respecto a la facultad de vetar las operaciones, ésta pasó al Presidente pero con el acuerdo de la Comisión. Lo anterior, es un claro paso hacia la intervención bancaria y en especial por dos aspectos: el presupuesto legal de la irregularidad de las operaciones de cualquier género y su concomitante peligro a los intereses de los depositantes; y segundo, la designación de un inspector permanente para hacerse cargo de la institución.

Ahora bien, en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares publicada en el DOF el día 31 de mayo de 1941, en su artículo 168 se continuó con lo establecido en la ley anterior en cuanto a las facultades de los delegados, visitadores, o inspectores de la Comisión Nacional Bancaria propias de los comisarios de las sociedades anónimas, previendo, en su caso, de que éstos podrían ser permanentes cuando así se requiriera por su importancia (artículo 169). Además, se previó, cuando en virtud de la inspección resultaran que las inversiones de las instituciones de crédito u organizaciones de crédito no estuvieran realizadas en los términos legales y transcurrido el plazo sin que éstas hubieran sido normalizadas, el Presidente de la

Comisión, siempre con acuerdo del Comité Permanente, "podrá ordenar que se suspenda la ejecución de las operaciones contrarias a lo dispuesto en la ley o que se proceda a la liquidación de las mismas, en su caso, disponiendo que el inspector intervenga la institución y proceda a tomar las medidas necesarias para efectuar los cobros y normalizar los documentos y operaciones que se hayan considerado irregulares". Asimismo, en el artículo 171 de la citada ley se previó que, al comprobarse "las irregularidades de cualquier género en la organización o en el funcionamiento" de las instituciones u organizaciones sometidas a la inspección afectaran la "estabilidad o solvencia" poniendo en "grave peligro los intereses de los depositantes o acreedores", el Presidente de la Comisión "podrá designar un inspector permanente que se haga cargo de la institución o pedir el estado de suspensión de pagos en los términos de la Ley", facultando el artículo en cuestión al Presidente de la Comisión, con acuerdo del Comité Permanente, de vetar la realización de todas aquellas operaciones que se practiquen en contra de lo dispuesto en la referida ley. Es importante aquí señalar la importancia que significó para la configuración de la intervención bancaria lo concerniente a los conceptos de estabilidad o solvencia de las instituciones de crédito y su correlativo "grave peligro a los intereses del público", ya que ello determinó el verdadero aspecto teleológico de la figura en comento.

Sin embargo, fue hasta en 1967 cuando el Ejecutivo Federal propuso reformar los artículos 146 y 171 y adicionar los artículos 172 al 176 de la Ley Bancaria de 1941 y darle con ello forma a la intervención bancaria. Si se observa lo que se planteó en la Exposición de Motivos del 7 de diciembre de ese mismo año con relación a la reforma en comento, se encuentran los argumentos que dieron base a la misma en los siguientes términos:

"La facultad discrecional que las leyes atribuyen al Gobierno para otorgar o negar la concesión para dedicarse a las actividades bancarias, le permite seleccionar a las empresas o sociedades cuyos administradores y funcionarios, por su idoneidad técnica y moral, se encuentren capacitados para hacer frente a estas importantes responsabilidades. En tal virtud, es necesario que el Estado afirme sus medios de control administrativos, ya que su preocupación es actuar siempre dentro de los marcos de un régimen de derecho y, a la vez, que tipifique como delitos aquellas conductas peligrosas que encaminen a debilitar las estructuras de los sistemas crediticios del país, puesto que no sólo se quiere proteger la confianza en las instituciones que gozan de concesión para realizar sus operaciones, sino principalmente, y por medio de la orientación y vigilancia del sistema bancario, amparar al público, que con sacrificio de parte de su ingreso forma el ahorro, base de nuestro crecimiento económico.

Apoyado en tales razonamientos, el Ejecutivo a mi cargo, ha considerado que la seguridad de los ahorros del pueblo mexicano y del sistema crediticio que los maneja, son bienes singularmente valiosos, que deben tutelarse jurídicamente con el mayor énfasis, por lo que propone establecer,

además de la pecuniaria, una sanción corporal a todas aquellas personas que, sin contar con la debida concesión otorgada en términos de Ley, capten recursos del público. Asimismo, se propone ampliar los instrumentos de intervención administrativa, que la Comisión Nacional Bancaria puede utilizar frente a las instituciones de crédito que realicen operaciones irregulares, y hacerlos aplicables a las personas o entidades que, al margen de las leyes, pretendan captar los ahorros del público".

Con la aprobación de la mencionada reforma se configuró en nuestro ordenamiento jurídico la incorporación de la figura de la intervención administrativa y gerencial, mismas que pueden ser consideradas como el antecedente directo de la regulación actual.

Finalmente, en lo que respecta a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984, en su artículo 82, se previó la facultad a cargo de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros de intervenir administrativamente a las empresas, negociaciones o establecimientos que captaran irregularmente recursos del público. No obstante, creo oportuno señalar que durante los años en que el sistema bancario estuvo estatizado y hasta 1990, la intervención gerencial a las instituciones de banca múltiple (el artículo 2 de la referida ley previó que el "servicio público de banca y crédito" sería prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedad nacional de crédito) quedó eliminada, subsistiendo al efecto, en su artículo 112, la intervención administrativa con el objeto de normalizar las operaciones que se hubieren considerado irregulares.

3. Características generales.-

Al ser especies de un mismo género, la intervención preventiva y gerencial comparten ciertas características generales. En los siguientes incisos se estudiarán algunas de ellas a efecto de determinar, los elementos de distinción entre ambas.

Las disposiciones legales vigentes en materia bancaria establecen una serie de normas tendientes a garantizar el interés público mediante la restricción de actividades u operaciones que pongan en riesgos de insolvencia, falta de liquidez e inestabilidad a las Instituciones de crédito, por lo tanto, el bien jurídico tutelado en la intervención bancaria es la salvaguarda de los intereses del público.

En este sentido, las facultades que tiene la CNBV en materia de intervención están previstas y contenidas en un mismo capítulo y título de la LIC (artículos 137 al 143), así como en el Título Quinto del RIVC de la CNBV publicado en el DOF el 24 de noviembre de 1988. Cabe hacer

mención que, de conformidad al artículo octavo transitorio de la LCNBV vigente, este RIVC continúa en vigor hasta que se expida el Reglamento a que se refiere el artículo 5 de la citada Ley.

Ahora bien, cuando los sujetos pasivos de la norma violenten las disposiciones generales, la CNBV, a través de la facultad prevista en la fracción XV del artículo 4 de la LCNBV, interviene para hacer respetar la norma violada mediante la aplicación de esta sanción administrativa a fin de normalizar las operaciones que violentaron a la Ley. La CNBV, para el ejercicio de esta facultad, deberá cumplir con los principios jurídicos de motivación y fundamentación previstos en nuestra Ley fundamental.

En este orden de ideas, los sujetos implicados en la intervención bancaria son: (i) la CNBV como sujeto agente, por cuanto se le atribuye la competencia para acordar su adopción, (ii) en cuanto al sujeto pasivo, los artículos 137 y 138 de la LIC expresamente señalan que este tipo de medidas pueden adoptarse respecto de las instituciones de banca múltiple.

En ambas intervenciones existe la designación, por parte de la autoridad supervisora, de una persona ajena a la institución que desempeñará las actividades de administración necesarias para subsanar y normalizar las operaciones irregulares.

Además, ambas intervenciones derivan de un procedimiento previo, la inspección. Como se estudió en el capítulo anterior, la inspección tiene como fin, entre otras cosas, la verificación y comprobación de las operaciones y funcionamiento de las instituciones de crédito dentro del marco legal.

En lo que se refiere al procedimiento previo, el ordenamiento legal vigente al prever la intervención preventiva y gerencial establece los siguientes actos de la autoridad como supuestos para intervenir a la entidad financiera: "cuando en virtud de la inspección..." (artículo 137 de la LIC), o bien, "en caso" de que la CNBV "en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia..." (artículo 138 de la LIC). Los anteriores supuestos hacen dudar respecto a si es siempre necesario agotar los procedimientos previos de inspección y vigilancia para una declaración de intervención administrativa o gerencial, especialmente por emplearse en la redacción de las normas respectivas hipótesis de casos concretos y omitiendo cualquier consideración respecto a algún otro supuesto, tal y como sería aquel en donde la propia institución de banca múltiple, por sí misma, así lo solicitara.

En este sentido, las disposiciones en comento son confusas e imprecisas, por lo tanto, infero, mediante una interpretación en contrario, la imposibilidad de que la autoridad, *per se*, lleve a cabo una declaración de intervención administrativa o gerencial sin la previa inspección o vigilancia,

ya que se trata de actos de autoridad y las normas referidas excluyen cualquier otro tipo de supuestos para intervenir administrativa o gerencialmente a una institución de banca múltiple. Además, en lo que respecta al supuesto de una declaratoria de intervención administrativa o gerencial como acto de autoridad a cargo de la CNBV que no esté previamente sustentada en el procedimiento previo de inspección o vigilancia, considero, mediante una interpretación integral de las normas en comento, que el referido supuesto de no agotar el procedimiento previo de inspección y vigilancia sería improcedente, ya que la CNBV sólo es capaz de considerar la susceptibilidad de intervenir a una entidad financiera y de allegarse de un "juicio" en donde se determinen la procedencia y la existencia de irregularidades de cualquier género mediante el ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia.

Ahora bien, en lo que respecta a la facultad de la institución de banca múltiple de solicitar por sí misma la intervención respectiva, considero que no existe impedimento legal para su procedencia.

A continuación, se observarán los dos supuestos de intervención (administrativa y gerencial) a las instituciones de banca múltiple que señala la legislación bancaria vigente y establecer sus diferencias específicas.

A. Intervención Preventiva.-

El artículo 137 de la LIC establece el supuesto normativo de la intervención administrativa *stricto sensu* y atribuye a la CNBV la facultad de intervenir a una institución de banca múltiple bajo lo siguiente:

1. Cuando como consecuencia de una inspección efectuada a través de las visitas que practica la autoridad se encuentren operaciones que no estén realizadas en los términos de las disposiciones legales.
2. Que exista un dictamen que emita el presidente de la CNBV con acuerdo de la Junta de Gobierno de la CNBV, en donde se hayan dictado las medidas necesarias para normalizar las operaciones que no se realizaron en los términos de las disposiciones legales.
3. Que haya transcurrido el plazo otorgado por la CNBV para que tenga verificativo la normalización de las operaciones que no se hayan realizado en los términos de las disposiciones legales.

4. Persista la no-regularización de las operaciones que no se hayan realizado en los términos de las disposiciones legales, esto es, se observe una conducta de no hacer que implique el incumplimiento de la norma y del dictamen correspondiente.

Por tanto, la intervención preventiva puede ser ordenada en el supuesto de que se hayan detectado operaciones irregulares en una institución de crédito y después de cierto plazo, dichas operaciones no se hayan corregido.

En este sentido, el artículo 137 de la LIC señala "... sin perjuicio de las sanciones que procedan, el presidente con acuerdo de la Junta de Gobierno, podrá disponer que un inspector intervenga la institución, a fin de normalizar las operaciones que se hayan considerado irregulares...".

Cabe mencionar que por "operaciones irregulares" se debe entender a aquellas operaciones que no se sujetan estrictamente a la ley y demás ordenamientos legales aplicables.

Ahora bien, en opinión del jurista Carvallo Yáñez, la intervención administrativa "se encamina al control de libros de contabilidad, actas de sesiones de consejo y asambleas, control de ingresos, egresos, correspondencia y supervisión de operaciones de una entidad"¹³⁹, es decir, considera que las actividades se desarrollan "sin que el intervisor se encuentre físicamente en las oficinas de la empresa intervenida administrativamente"¹⁴⁰. Por lo tanto, el intervisor (la LIC lo denomina indebidamente inspector) no ejecuta acto alguno, tampoco toma posesión de ningún bien o derecho, se limita a supervisar las operaciones objeto de intervención.

Por su parte, el doctor De la Fuente Rodríguez considera a la intervención administrativa como "parcial"; en la que el intervisor "sólo realizará todos los actos necesarios para obligar a liquidar las operaciones indebidadas, a normalizar otras, o a suspender la realización de aquellas prohibidas y a que no se tomen decisiones contrarias a las sanas prácticas bancarias"¹⁴¹, es decir, se trata de un procedimiento tendiente, en exclusivo, a la normalización de operaciones irregulares de las instituciones de banca múltiple, tal y como lo prevé, *in fine*, el primer párrafo del artículo 137 de la LIC.

De lo antes expuesto, y considerando la opinión de ambos autores, surge la duda respecto a los alcances de las funciones de los interventores en esta intervención, en cuanto a si tienen o no

¹³⁹ Carvallo Yáñez, Erick: *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. Op. Cit.* pág. 322.

¹⁴⁰ *Ibidem.* pág. 323.

¹⁴¹ De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.* Tomo II, pág. 1171.

el carácter ejecutivo, es decir, si pueden o no llevar a cabo directamente actos en nombre y representación de la propia institución.

Atendiendo la opinión del maestro Carvallo Yáñez, el interventor carecería de facultades ejecutivas, ya que éste se limita a supervisar a las operaciones irregulares, comprobar el que las mismas se ajusten a lo dispuesto por las leyes y a la regularización ordenada en el acuerdo correspondiente. Por el contrario, el doctor De la Fuente Rodríguez, al tener la opinión de que la intervención administrativa, por su naturaleza "parcial" respecto a la "total" como es la gerencial y, con base a que el interventor "realizará los actos necesarios" (segundo párrafo del artículo 137 de la LIC), se infiere que éste al normalizar las operaciones irregulares tendrá al efecto facultades de ejecución.

De lo expuesto, coincido con la opinión del autor Carvallo Yáñez en cuanto a que el interventor es sólo un "supervisor" de las operaciones que se hayan considerado irregulares. Apoyo mi opinión en la base de que, tanto la LIC en su artículo 137 como el RIVC en el Título Quinto, al reglamentar la intervención administrativa son omisas respecto a si las facultades del interventor son ejecutivas y por tanto no están descritas *ex-lege*.

Si se realiza un análisis de las disposiciones legales mencionadas, en efecto, éstas no son precisas respecto al alcance de las funciones del interventor, ya que, por una parte el artículo 137 de la LIC se limita a establecer que se "podrá disponer que un inspector intervenga la institución, a fin de normalizar las operaciones que se hayan considerado irregulares [...] quien realizará los actos necesarios para cumplir los objetivos que se señalen en el acuerdo correspondiente..." y, por la otra, el RIVC en su artículo 42 únicamente señala que "en el desempeño de su comisión, el interventor tendrá las atribuciones que al respecto le confiere la ley aplicable". Así las cosas, la norma secundaria (el RIVC) remite a la norma primaria (la LIC), siendo ésta última omisa respecto al carácter de las atribuciones que tendrá el inspector o interventor y exclusivamente nos indica que debemos atender al "acuerdo correspondiente", mismo que, en ningún momento podrá conceder más de lo que la propia LIC concede y no se podrá violentar el principio de que las autoridades sólo podrán realizar aquello que esté descrito de manera precisa en las leyes.

En principio, la confusión e incongruencia en las normas aplicables se debe a una falta de una correcta técnica legislativa, reitero, indistintamente se denomina inspector e interventor y confunde a la intervención preventiva con la inspección; y segundo, a que el RIVC, al ser anterior a la LIC, no puede prever congruentemente con los pormenores de la hipótesis normativa establecida en la Ley que es de fecha posterior. Hasta la fecha no se ha expedido el Reglamento que menciona

el artículo octavo transitorio de la LCNBV. En ocasiones, no se entiende cómo el "afán y fiebre legislativa que tiene la Comisión"¹⁴² se ha traducido, en la especie, en un pertinaz olvido de justos.

Al prever el artículo 137 de la LIC el supuesto en que se dispondrá de un inspector que intervenga a la institución a fin de normalizar las operaciones que se hayan considerado irregulares, es igual al supuesto señalado en el artículo 12 del RIVC cuando establece que el Presidente de la CNBV, tras advertir la práctica de operaciones irregulares o que no se ajustan a lo dispuesto por las leyes, ordenará la liquidación o regularización de dichas operaciones (normalizar) y "podrá designar con carácter permanente a uno o más inspectores que efectúen la supervisión y comprobación respectivas", quien "no tendrá facultades ejecutivas o de resolución, limitándose a informar oportuna y periódicamente, conforme a las instrucciones que haya recibido, sobre las operaciones que se efectúen..." resolviéndose de esta manera el alcance del inspector.

Por lo tanto, de la similitud de supuestos normativos en ambos preceptos, es posible afirmar que el carácter de las funciones del interventor en la intervención administrativa serán las mismas funciones a las del inspector descrito en el artículo 12 del RIVC.

Por último, la intervención administrativa prevé una facultad discrecional a cargo del Presidente de la CNBV de comunicar a la SHCP, "y en su caso" (artículo 137 de la LIC) al BANXICO, las violaciones legales o administrativas cometidas por la entidad financiera que se hubieren manifestado en la inspección realizada por la CNBV.

El ejercicio de esta facultad discrecional resulta importante en dos aspectos: primero, porque de ello dependerá que la SHCP "tome las medidas pertinentes", las cuales se podrán traducir en la aplicación de otro tipo de sanciones, sin perjuicio de que se pueda declarar la intervención administrativa; y segundo, considero que la facultad de comunicar "en su caso" al BANXICO se traduce en una inconsistencia legislativa, ya que, al ser el instituto central para el sistema bancario una persona con carácter de autoridad y, particularmente al tener atribuciones de regular lo referente a las operaciones de las instituciones de banca múltiple en atención a las necesidades de regulación monetaria y crediticia (artículo 48 de la LIC), considero que en todo momento debería la CNBV de comunicar al BANXICO de las irregularidades que encuentre en las operaciones de la banca múltiple como resultado de las prácticas de inspección y vigilancia y atender al principio de una eficaz supervisión bancaria.

Sobre el aspecto de la discrecionalidad en el procedimiento de intervención, el jurista Barrera Graf considera que ésta conlleva "hacer más expedita la normalización de las operaciones

¹⁴² Carvallo Yáñez, Erick. *Op. Cit.*, pág. 319.

viciadas¹⁴³. En efecto, por el carácter dinámico en que se gesta la actividad bancaria y por el alto costo económico y social que implica el no tomar de forma rápida las medidas necesarias, como es el caso de una intervención administrativa, hacen ver el beneficio de la discrecionalidad que tiene la autoridad para llevar a cabo estas medidas, sin embargo, considero que el punto crítico radica no en la discrecionalidad, sino en el alto grado o intensidad que tiene la autoridad para el ejercicio de esta discrecionalidad.

B. Intervención Gerencial.-

Por lo que se refiere a la intervención gerencial a las instituciones de banca múltiple, en términos estrictos la CNBV puede ordenarla discrecionalmente cuando las irregularidades detectadas afectan la estabilidad o solvencia de la institución intervenida y ponen en peligro los intereses del público y acreedores.

En efecto, el artículo 138 de la LIC, reforma publicada en el DOF el día 4 de junio del 2001, establece que "cuando a juicio" de la CNBV "existan irregularidades de cualquier género" en las instituciones de banca múltiple que "afecten su estabilidad o solvencia y pongan en peligro los intereses del público o acreedores" el presidente de la CNBV, "podrá proponer" a la Junta de Gobierno "la declaración de intervención con carácter de gerencia" de la entidad financiera y "designar a la persona física que se haga cargo de la institución con el carácter de interventor-gerente".

Es decir, la intervención gerencial requiere que las irregularidades existentes (i) afecten la estabilidad o solvencia de la institución y (ii) pongan en peligro o riesgo los intereses del público o sus acreedores.

Por lo anterior, la simple existencia de situaciones macroeconómicas o financieras globales ajenas al control de la institución que resulten en su inestabilidad o insolvencia, no justifica la intervención gerencial. Sin embargo, la historia reciente demostró lo contrario al intervenir gerencialmente la CNBV a diversas instituciones de banca múltiple, especialmente después de estallar la última crisis financiera como consecuencia de la crisis económica de 1994 bajo la forma de una macrodevaluación, la cual, respondió a la imposibilidad de mantener los niveles deseados de tipo de cambio y a una profunda caída del nivel de reservas internacionales.

¹⁴³ Barrera Graf, Jorge: *Observaciones y comentarios breves sobre la nueva ley de Instituciones de Crédito (segunda parte)* en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial UNAM, Año 1, Num. 3, septiembre-diciembre 1990, México, pág. 221.

Como señalé en el capítulo anterior del presente trabajo son muchas las causas que dan origen a una crisis económica y por ello, la estabilidad o solvencia de las instituciones de crédito que afecten los intereses del público o acreedores no siempre derivan de irregularidades de cualquier género, sino que la misma puede derivar de prácticas regulares dentro de un entorno económico adverso.

De la lectura del artículo 138 de la LIC antes citado, al encontrar las expresiones "cuando a juicio" y "podrá", se desprende la discrecionalidad de la CNBV para determinar si los supuestos necesarios para ordenar la intervención gerencial se han actualizado. Esta facultad discrecional tiende a que la autoridad pueda evaluar libremente los riesgos del impacto de la intervención, ya sea en el sentido de que la propia institución de banca múltiple al estar consciente de la inminencia del acto de autoridad tome las medidas pertinentes para enmendar las irregularidades, o bien, porque se considere que la intervención gerencial que decreta pueda a su vez poner en peligro la estabilidad o solvencia del propio sistema bancario, y no sólo al de la institución financiera por algún efecto sistémico.

No obstante, esa facultad discrecional no exime a la CNBV para fundar y motivar su resolución de intervención. En todo caso, la orden o declaración de intervención administrativa en su modalidad gerencial que dicte la CNBV debe cumplir con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 16 de la CPEUM.

Considero que dicha declaratoria, al evaluar los supuestos normativos, debe fundamentarse en un estudio objetivo y preciso de las "irregularidades de cualquier género" y sus efectos reales. Sin embargo, al emplearse como presupuesto de la intervención lo relativo a irregularidades en un sentido genérico, es decir, aquello que no se sujeten estrictamente a la ley, tengan el carácter que tengan, se está ante una norma con alcances mayores de discrecionalidad en la determinación del acto, y por tanto, ante la ausencia de objetividad del estudio previo.

Ahora bien, el artículo 40 del RIVC al establecer como presupuesto para la intervención gerencial la consideración por parte de la CNBV "operaciones (...) que no estén realizadas en los términos de las disposiciones aplicables, o existan irregularidades de cualquier género", circunscribe el origen de la afectación de la estabilidad o solvencia de la entidad financiera y su concomitante peligro a los intereses del público y acreedores a lo que he denominado operación de banca y crédito (en los términos descritos en el primer capítulo del presente trabajo). Así las cosas, cuando se agrega como supuesto normativo la idea "de cualquier género" en su irregularidad, se puede interpretar por la autoridad de manera discrecional y aún bajo la óptica de un concepto de operación distinto al establecido por la LIC, al comprender a toda la actividad o ejecución que

realicen los bancos y no sólo a aquellas operaciones consideradas por la LIC como activas, pasivas y de servicios.

La fundamentación y motivación que se requiere para ordenar una intervención gerencial puede no ser un ejercicio sencillo para el caso de la "estabilidad" de la institución a que se refiere el artículo 138 de la LIC, particularmente por ser la estabilidad un concepto amplio y de cierta vaguedad en su definición.

En efecto, al utilizar la LIC en la redacción de la norma la conjunción disyuntiva "o" entre los vocablos estabilidad y solvencia, es de suponer que el legislador le confirió al concepto de estabilidad un grado de incompatibilidad simultánea con respecto al concepto de solvencia, por lo tanto, la estabilidad en su extrema vaguedad, no sólo estaría relacionada con los aspectos económico y financiero (estrictamente patrimonial), sino que podrían incluirse para su calificación aspectos mucho menos objetivos y relativos en su estudio, como es lo referente a la estabilidad administrativa.

Ahora bien, dicho análisis puede ser objetivo y, por lo tanto, relativamente sencillo (no fácil) en fundar y motivar una orden de intervención gerencial cuando se trata de la "solvencia". En efecto, el concepto de solvencia puede ser analizado de manera objetiva. Si se parte de una interpretación en contrario de lo que la legislación civil en México entiende por insolvencia, esto es, cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas (artículo 2166 del CCF), la solvencia podrá ser definida como la capacidad que una persona tiene para pagar sus deudas a su vencimiento.

En este sentido, las características que la doctrina ha otorgado a la insolvencia hacen del mismo un concepto *técnico-jurídico*. En efecto, la insolvencia es una situación de impotencia patrimonial que afecta la generalidad de los bienes del deudor y que implica la imposibilidad de pagar con los recursos normales. En consecuencia, se debe apreciar al patrimonio como un conjunto orgánico.¹⁴⁴

Ahora bien, el concepto de insolvencia no es de fácil aplicación a las entidades financieras que, como se ha observado, tienen exigencias patrimoniales específicas, y que, además, por el aspecto operativo en los mecanismos de prevención o saneamiento, implicaría el reconocimiento de un estado de crisis económica y/o dificultades económicas de índole general.

¹⁴⁴ Cfr. Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos. *Op. Cit.* pág. 50.

Si se parte de la definición doctrinal de insolvencia de las entidades financieras, esto es, "cuando juntamente con la pérdida de la capacidad operativa de mantener niveles de captación de depósitos se manifiesta la insuficiencia global de sus activos para atender integralmente sus pasivos, aunque medie asistencia financiera de la autoridad"¹⁴⁵, y del supuesto del artículo 138 de la LIC, al señalar que, "existan irregularidades de cualquier género en las instituciones de crédito que afecten la estabilidad o solvencia", resulta importante el que se determine si el estado de insolvencia es anterior o concomitante con la intervención gerencial.

Al respecto, hay autores que sostienen que no importa si el estado de insolvencia sea anterior o acompañe a la intervención, en todo caso, la apreciación de la situación de insolvencia adquirirá en cada caso importantes connotaciones técnicas, propias de la actividad financiera¹⁴⁶. La legislación mexicana es omisa respecto algún mecanismo que obligue a la CNBV explicitar la insolvencia y que otorgue a la entidad el derecho de debatir tal apreciación.

Así las cosas, una institución de crédito está en crisis cuando ha perdido su capacidad para mantener un flujo regular y sostenido de depósitos, cuando ha visto deteriorada su estructura de rentabilidad y se ha resentido consiguientemente su solvencia o cuando ha sufrido daños patrimoniales de importancia por la existencia de un volumen excesivo de incobrabilidad.¹⁴⁷ En este sentido, existe una relación entre la impotencia patrimonial y los recursos normales que no alcancen a solventar las obligaciones.

El segundo supuesto necesario para ordenar la intervención gerencial es que se pongan en peligro los intereses del público o de los acreedores. La insolvencia de una institución de crédito, naturalmente origina dicho peligro; es decir, no existe dicho peligro si no hay insolvencia. En ese sentido, el artículo 138 de la LIC es redundante en aquellos casos en que se determine la insolvencia de la institución correspondiente.

Una vez que se ha realizado el análisis de los supuestos normativos de la intervención gerencial, me queda por hacer un análisis de su concepto. En opinión del jurista Carvallo Yáñez, la intervención gerencial presupone de la intervención administrativa, por tanto, consiste en el "control de las operaciones que celebra la empresa en cuestión, incluyendo la autorización o negativa de su ejecución, así como las facultades para nombrar y remover funcionarios"¹⁴⁸. Ahora bien, después de las reformas a la LIC del 4 de junio del 2001, y específicamente con la del artículo 138, la intervención gerencial no presupone de la intervención administrativa, puesto que se suprimió en él

¹⁴⁵ *Idem*. pág. 52.

¹⁴⁶ *Cfr. Idem*. pág. 53.

¹⁴⁷ *Cfr. Idem*.

¹⁴⁸ Carvallo Yáñez, Erick. *Op. Cit.*, pág. 323.

la facultad dada al Presidente de la CNBV en "proceder en los términos del artículo anterior", es decir, en los términos de la intervención administrativa.

A diferencia de la intervención administrativa, en la intervención gerencial se requiere, en opinión del maestro Carvallo Yáñez, que el interventor y su equipo "se ubiquen materialmente dentro de las oficinas de la empresa intervenida"¹⁴⁹. En efecto, con objeto de cumplir con el mandato del artículo 13B se necesita no sólo la designación de la persona física que se haga cargo de la institución intervenida, sino que verdaderamente se ejecute el acto de intervención a través del interventor-gerente al tomar posesión de los bienes y derechos de la institución de banca múltiple.

En una intervención gerencial, como se observará más adelante, el interventor-gerente asume las facultades de los administradores de la institución y no supedita su actuación a los órganos sociales (incluyendo la asamblea de accionistas). En este sentido, el nombramiento de un interventor-gerente tiene como consecuencia la privación a los accionistas de acceder a sus bienes y a la forma de manejarlos. Quizá desde un punto de vista ético o moral se pueda justificar dicha privación, ya que la misma es resultado de la celebración (o la permisión de la celebración) de actos ilegales en asuntos considerados de orden público. Sin embargo, aún desde dicha perspectiva, cabe la duda de si los accionistas que no participaron en la administración de una institución intervenida pueden ser privados de sus bienes. Este y otros temas relacionados los trataré más adelante.

4. Finalidades.-

La finalidad común de ambas intervenciones es la de normalizar la sana operación de una institución de crédito, con el fin de proteger a sus acreedores y, de esa manera, evitar una crisis generalizada del sistema bancario.

La intervención bancaria tiene dos finalidades, uno inmediato y otro mediato. Por lo que se refiere a su aspecto más cercano, la intervención tiene como objetivo el que cesen las irregularidades en las que ha incurrido la entidad financiera y normalizar las operaciones que se hayan considerado irregulares. En relación con su próximo objetivo, la intervención tiende evitar una eventual quiebra o liquidación de la institución de banca múltiple, y así, sus negativas consecuencias económicas y sociales, ya que, con ello no sólo se afectan los intereses de los accionistas, sino también, al de los acreedores o público ahorrador.

¹⁴⁹ *Idem.*

Sin embargo, se debe considerar que por la gran cantidad de contingencias de orden económico, ya sean propias de la institución, o bien, del sistema bancario en lo general, no siempre es posible evitar la quiebra o liquidación de la entidad financiera (la historia de la Banca ha demostrado, por ejemplo, que los pánicos bancarios son tan viejos como el sistema de reservas fraccionarias), lo que me hace inferir la fragilidad de las mismas; por lo que, en este sentido, la intervención tiene como objetivo el de reducir al mínimo las consecuencias para los acreedores y para el público en general del impacto que provoca una crisis bancaria, procurando soluciones rápidas que eviten largas inconveniencias de la inmovilización de los fondos que integran la quiebra.

En congruencia con la solución rápida que deberá adoptar la CNBV para evitar que se prolongue en el tiempo la crisis que pueda provocar el banco intervenido y así atenuar un riesgo de contagio al sistema en general, el artículo 143 de la LIC establece que, en caso de no haber quedado en un plazo de seis meses (de manera excepcional por una sola vez y hasta por tres meses más) normalizadas las operaciones que dieron lugar a la intervención, se deberá proceder conforme a lo señalado por la LPAB en el Capítulo VI del Título Segundo.

Por lo antes expuesto, la intervención bancaria tiende a preservar los intereses del público en general, a conservar la estabilidad del sistema financiero, y garantizar la confianza de la sociedad en las entidades financieras con problemas y en situaciones incorregibles con el objeto de prevenir y hacer menos dramáticos los efectos en los que se pueda incurrir.

Ahora bien, según el autor Carvallo Yáñez es "premisa fundamental" que la CNBV lleve a cabo la intervención, y en general las funciones de inspección y vigilancia, ya que "ante la posibilidad y proximidad" de éstas, las entidades financieras "promueven aún más el estricto control y apego a derecho en sus operaciones cotidianas"¹⁵⁰, infiriéndose con ello argumentos de carácter preventivo y correctivos -medio de control- de la figura en comento. En efecto, *prima facie*, la intervención tiene estos efectos, especialmente "ante la posibilidad o proximidad" (en palabras del mencionado autor) de la entidad financiera en ser víctima de la intervención, sin embargo, desde una óptica más profunda, considero que el móvil de la intención del sujeto pasivo en observar la conducta prevista en la norma se condiciona por la amplia discrecionalidad en el que se sustenta el acto de intervención y el correlativo temor de sufrirla.

¹⁵⁰ *Idem.*

A. Finalidad de la Intervención Preventiva.-

La intervención preventiva tiene un fin específico, el de normalizar aquellas operaciones irregulares que se hayan detectado en la inspección. En consecuencia, (1) las facultades del interventor se deben limitar y orientarse exclusivamente, a la normalización de las mismas y (2) la intervención preventiva no debe extenderse por un largo período.

Ninguna ley acota las facultades del interventor en una intervención preventiva (en el caso del interventor-gerente el artículo 140 de la LIC define las facultades que éste tendrá para el ejercicio de sus funciones). Por lo tanto, puede existir controversia en cuanto a si sus facultades se limitan únicamente a la supervisión de los actos que las instituciones lleven a cabo para lograr la regularización de las operaciones que motivaron la intervención preventiva o si, por el contrario, puede ejercer actos en nombre y representación de la institución con el fin de lograr dicha normalización. Como ya lo expresé en el inciso 3.1. del presente capítulo, considero que el interventor preventivo no está facultado legalmente para intervenir directamente en la celebración de actos, en nombre y representación de la institución, que puedan resultar en la normalización de operaciones irregulares. Su función, en este sentido, parece ser más una inspección estricta que una intervención como tal.

En virtud del principio de derecho que establece que las autoridades solo pueden llevar a cabo los actos expresamente autorizados por la ley, consideramos necesaria una reforma legislativa que otorgue las facultades necesarias al interventor preventivo para lograr los fines de la intervención preventiva, las cuales afortunadamente sí están previstas en la ley.

Como ya he dicho, en virtud de la especificidad de los fines de una intervención preventiva, su duración debe ser limitada a un corto período de tiempo.

El primer párrafo del artículo 40 del RIVC señala que, cuando la CNBV considero que las operaciones de alguna persona física o moral sujeta a inspección y vigilancia no estén realizadas en los términos de las disposiciones legales aplicables, o existan irregularidades de cualquier género, el Presidente de la CNBV, con acuerdo de la Junta de Gobierno, "dictará las medidas necesarias para normalizar la situación y señalará un plazo que no será mayor a treinta días para que la regularización se lleve a cabo, salvo tratándose de instituciones de crédito, en las que el plazo podrá ser mayor si la situación de que se trate así lo requiere".

Dicho artículo no distingue entre intervención preventiva (artículo 137 de la LIC) o gerencial (artículo 138 de la LIC). El plazo de los treinta días podría ser suficiente para normalizar operaciones irregulares, pero ciertamente no lo es para el caso de que la institución fuere

insolvente y se interviniese gerencialmente, por lo tanto, en lo que se refiere a la intervención gerencial quedó derogada esta disposición mediante la reforma al artículo 143 de la LIC el pasado 4 de junio del 2001.

Además de opinar que el artículo 40 del RIVC debe ser reformado para establecer las diferencias entre ambas intervenciones, considero que el plazo para la intervención preventiva debe señalarse con mayor precisión (puede oscilar entre los treinta y los ciento ochenta días) y, en caso de fijarse a través de una reforma a la LIC, se deberá tomar en cuenta la experiencia de los casos que se han vivido en México y no permitir, tal y como está actualmente, que de manera arbitraria la duración de la intervención esté al capricho de la autoridad.

B. Finalidad de la Intervención Gerencial.-

Los objetivos de la intervención gerencial no se limitan exclusivamente a la normalización de operaciones irregulares, como es el caso de la intervención preventiva. Su finalidad es más trascendente, la de evitar el quebranto de la institución, sus acreedores y del sistema bancario en general. Para lograr dicho fin, la autoridad, a través del interventor-gerente, toma el control de la administración de la institución intervenida y lleva a cabo sus operaciones.

Como lo establece el doctor De la Fuente Rodríguez, la finalidad de la intervención gerencial "es lograr a través de una correcta administración, el normal funcionamiento de la entidad", buscando "restablecer su correcto funcionamiento y proteger los intereses del público y el sistema financiero general"¹⁵¹. En efecto, a través de esta figura jurídica se tiene como objetivo, según la Exposición de Motivos de las reformas a la LIC publicadas en el DOF el día 15 de febrero de 1995, "salvaguardar los intereses del público usuario, así como la efectiva aplicación de ley."

Como lo he establecido, para lograr dicho objetivo la CNBV tiene un plazo determinado en la LIC (artículo 143), el cual, podrá ser de hasta seis meses y, de manera excepcional, se podrá ampliar dicho plazo por una sola vez y hasta por tres meses.

Ahora bien, en caso de que no se cumpla la finalidad primaria de la intervención con carácter de gerencia en el plazo establecido en la ley, se procederá (artículo 143, segundo párrafo de la LIC) conforme a lo establecido en la LPAB. En este sentido, el IPAB con base a la facultad prevista en el artículo 68, fracción IX de la LPAB, realizará las funciones señaladas en el Título Segundo, Capítulo VI de la referida ley, es decir, determinará la disolución y liquidación de la

¹⁵¹ De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.* pág. 1180.

entidad o solicitará, en los términos de las disposiciones aplicables, la declaración de quiebra de la institución de banca múltiple desempeñando al efecto las funciones de liquidador o síndico.

De tal forma que, la razón que tuvo el legislador para reglamentar a esta figura en el ordenamiento legal vigente fue la de proporcionarle a la autoridad administrativa competente de un instrumento jurídico que de manera pronta, efectiva y completa pueda combatir y evitar que las instituciones de banca múltiple continúen celebrando operaciones ilegales que afecten su estabilidad o solvencia y/o que corran peligro los intereses del público o de los acreedores.

5. Naturaleza Jurídica.-

Si bien, como dice el jurista argentino Genaro Carrió, las discusiones sobre la naturaleza de un determinado instituto carecen de razón de ser; en muchas oportunidades han brindado luz para la solución de un determinado problema. En efecto, el hecho de calificar a una figura jurídica de tal o cual manera haría extensible, aunque no todas, algunas de las directrices axiológicas diseminadas en tal o cual naturaleza¹⁵².

El ordenamiento legal vigente establece, respecto a las intervenciones administrativa y con caracter de gerencia, que ambas son actos que ordena la CNBV con base en la facultad descrita en la fracción XV del artículo 4 de la LCNBV y previstos en los artículos 137 y 138 de la LIC, por tanto, se trata en términos formales de un acto administrativo, entendiéndose a éste como "una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general"¹⁵³.

Así las cosas, desde un punto de vista formal, la intervención administrativa *lato sensu* es un acto administrativo en cuanto es ordenado por la CNBV, siendo ésta un órgano desconcentrado de la administración pública federal.

De igual forma, desde un punto de vista material, la intervención administrativa es un acto administrativo en cuanto es emitido por la autoridad en el ejercicio de sus funciones y contiene los elementos característicos de los mismos, tales como unilateralidad, es decir, la voluntad que ejerce la autoridad es "independientemente del contenido y de la forma que posteriormente adopte el

¹⁵² Cfr. Carrió, Genaro R.: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 67.

¹⁵³ Acosta Romero, Miguel: *Teoría General del Derecho Administrativo*. Op. Cit. pág. 817.

acto¹⁵⁴; concreción, es decir, la intervención se aplica a un caso concreto, cierto, determinado y conocido, produciendo situaciones jurídicas individuales, ya que sólo tiene efectos respecto de la institución de banca múltiple que es intervenida; y ejecutoriedad del mismo, es decir, el acto será ejecutado por la autoridad competente.

Al seguir desentrañando la naturaleza jurídica de la intervención administrativa en su sentido amplio, concluyo que se trata de un acto discrecional de la autoridad, toda vez que con base en los artículos 137 y 138 de la LIC, al expresar que, "cuando a juicio" de la CNBV existan los supuestos normativos que actualicen las consecuencias jurídicas, facultándola en los términos de "podrá proponer", se entiende que en la realización de estas consecuencias de derecho, es decir, en la declaración de la intervención administrativa se deja a la CNBV un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar, usando términos permisivos o facultativos.

Asimismo, en opinión del doctor Jesús De la Fuente Rodríguez al analizar a esta figura jurídica, considera: "no tienen el carácter de propio de la sanción, sino que constituyen medidas preventivas y correctivas"¹⁵⁵, entendiéndolo por sanción en términos generales al "castigo que aplica la sociedad a través del derecho, a las violaciones de la ley y representa la efectividad de ésta". En este sentido, al fijarse sanciones en el sistema financiero por violación a alguna de sus disposiciones, el interés social protegido, según el referido autor, "es que las entidades y los particulares acaten las normas de interés público que regulan a dicho sistema, sometiendo su actividad a ellas, en protección de los intereses de los usuarios, de la sociedad y de la estabilidad del sistema"¹⁵⁶.

Por el contrario, sostengo que se debe hacer distinción entre ambas intervenciones para determinar el tipo de medida y el bien jurídico tutelado por ambas. Por una parte, la intervención preventiva contiene estrictamente las características propias de una medida jurídica preventiva, no así la intervención gerencial, ya que por su doble carácter, restrictivo y correctivo, contiene los elementos constitutivos de una sanción administrativa.

En coincidencia con lo anterior y respecto a la intervención gerencial, el jurista Barrera Graf la considera como la más rigurosa de las intervenciones al constituir "ya una sanción"¹⁵⁷ que puede imponer tanto la SHCP como la CNBV.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.*, pág. 1170.

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ Barrera Graf, Jorge. *Op. Cit.* pág. 222.

En este orden de ideas, considero que la discrecionalidad del acto de Intervención bancaria a cargo del Presidente de la CNBV, predetermina el grado y medida que califica a la intervención, ya sea administrativa o gerencial, y por tanto, si se trata de una medida preventiva o sancionadora.

Como se ha señaló al realizar la comparación entre ambas intervenciones, los supuestos que les dan origen son distintos, por lo tanto, también sus consecuencias jurídicas y sus finalidades.

Para la intervención administrativa en *stricto sensu*, la facultad discrecional a cargo del Presidente de la CNBV (al comunicar o no a la SHCP de las irregularidades administrativas o legales para que ésta "tome las medidas pertinentes" y, en su caso, al BANXICO) es de suma relevancia, ya que de ella dependerá el tipo de medida que adopte la autoridad administrativa; por una parte, se puede considerar la aplicación de una sanción extrema, es decir, se puede optar por la revocación autorizada (fracciones IV y VII del artículo 28 de la LIC), o bien, calificarse como una medida preventiva a fin de normalizar o corregir las transgresiones a las disposiciones legales cometidas por la institución y encontradas en el procedimiento previo de inspección realizado por la CNBV. En este sentido, la LIC considera a la Intervención administrativa como una medida menos grave que la revocación al ser estrictamente preventiva ya que tiene por objetivo el que cese la irregularidad en que incurrió la entidad intervenida.

Por lo que se refiere a la intervención gerencial, la discrecionalidad a cargo del Presidente de la CNBV (podrá o no proponer a la Junta de Gobierno de la CNBV la declaración de esta intervención), también es de suma relevancia para su calificación como medida sancionadora.

El carácter de medida correctiva que tiene la intervención gerencial (también es una medida menos rigurosa que la revocación, pero más dañosa que la simple normalización o regularización de sus operaciones) se desprende en cuanto a que por este procedimiento, al ser de interés público (segundo párrafo del artículo 104 de la LIC), se sanciona la mala administración y las violaciones a la ley con la restricción y afectación (castigo) tanto en la esfera jurídica de la propia institución (especialmente al verse limitada a continuar con su administración y el decretarse la suspensión de realizar operaciones por sí misma), como en la de sus propios accionistas (se limita el derecho de ejercitar la calidad de socio y se sustituye el Consejo de Administración por el de un interventor-gerente); así también, al estar orientada a restablecer el correcto funcionamiento de la entidad financiera corrigiendo sus operaciones irregulares y conservar la protección de los intereses del público y del sistema bancario en general, se observa como una medida de carácter preventiva por evitar que se llegue a un estado de quiebra de la entidad intervenida.

En cuanto a resolver si este tipo de sanción viola o no lo dispuesto por los artículos 21 y 22 de la CPEUM, aspecto muy discutido en la doctrina, ha sido superado por los Tribunales al

adoptarse de manera uniforme la reconocida competencia de la autoridad administrativa de sancionar la falta de cumplimiento de las leyes cuya ejecución compete a ella. De igual forma, por tratarse de normas de carácter imperativas que protegen los intereses de los usuarios en general y de los acreedores, la violación de estas disposiciones son de orden público e interés general, y por tanto, existe la facultad de la autoridad en restringir y afectar la esfera jurídica de los particulares que violenten la norma.

6. Procedimiento Administrativo de Intervención Gerencial.-

En algunos casos el acto administrativo debe ajustarse a un procedimiento determinado. El acto de intervención administrativa, en *lato sensu*, a las instituciones de banca múltiple no es la excepción a este señalamiento.

Nuestra legislación positiva no tiene duda al conceptualizar a la intervención bancaria como un procedimiento, expresamente así lo dispone el RIVC en sus artículos 2 y 41.

No obstante, en este apartado no se entrará al análisis de todo lo relativo al procedimiento administrativo y al debate que existe en la doctrina jurídica respecto a sus particularidades. Sin embargo, analizaré de forma breve lo dispuesto en nuestro ordenamiento legal vigente referente al procedimiento administrativo de la intervención gerencial, en la inteligencia de poder lograr una mayor comprensión respecto de la Intervención administrativa.

Según el doctor Acosta Romero, el procedimiento administrativo es "todo el conjunto de actos señalados en la ley, para la producción del acto administrativo (procedimiento previo), así como la ejecución voluntaria y la ejecución forzosa, ya sean internas o externas"¹⁵⁸. Por ello, considero necesario conceptualizar al procedimiento administrativo de intervención como al conjunto de actos realizados y señalados por las disposiciones legales vigentes para producir dicho acto.

He señalado que la acción de supervisión a cargo de la CNBV debe tener más un carácter preventivo que correctivo y deberá tender a que las instituciones no incurran en riesgos excesivos que afecten sus niveles de liquidez, reservas y rentabilidad, así como en la calidad de sus activos.

Ahora bien, en el caso de que se observen violaciones a las disposiciones legales vigentes como resultado de las funciones de inspección y vigilancia a las entidades financieras supervisadas

¹⁵⁸ Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo Op. Cit.* pág. 887.

a cargo de la CNBV, se procederá a la aplicación de las sanciones para garantizar que dichas prácticas no pongan en peligro los recursos del público, y la estabilidad y solvencia del sector bancario.

En congruencia con lo anterior, la CNBV, con base al artículo 138 de la LIC, al detectar irregularidades de cualquier género que afecten la estabilidad o solvencia de las entidades supervisadas y pongan en peligro los intereses del público o acreedores, podrá intervenir gerencialmente a las instituciones de banca múltiple para constatar, y en su caso normalizar, las irregularidades que ya previamente se habían detectado en las funciones propias de inspección y vigilancia.

Así las cosas, el Presidente de la CNBV podrá proponer la declaración de intervención con carácter de gerencia y designar al interventor-gerente.

La propuesta de declaración de intervención con carácter de gerencia la hará discrecionalmente el Presidente de la CNBV a la Junta de Gobierno de la propia Comisión, siendo ésta quien está facultada para realizar dicha declaración y emitir facultativamente el acto administrativo de intervención gerencial. La LIC, mediante las reformas del 2001, y específicamente en los párrafos segundo y tercero del artículo 138, introdujo como requisito la obligación a cargo de la CNBV de informar al IPAB de la situación financiera de la institución de banca múltiple que sea susceptible de ser intervenida y la obligación de éste (en la sesión correspondiente) de aportar los elementos para la toma de decisión. En esta reforma no se hizo mención de la obligación que debería tener la CNBV de informar en los mismos términos al BANXICO y la posibilidad de que éste aporte elementos para la toma de decisión de intervenir gerencialmente a una institución de banca múltiple, aspecto que en mi consideración se debió contemplar, ya que al ser el BANXICO autoridad competente en materia bancaria y específicamente por tratarse de la persona que regula lo concerniente a las operaciones bancarias, bien puede aportar elementos objetivos respecto de las repercusiones que tendría para el sistema bancario y en la política monetaria y crediticia del país, el desenvolvimiento de la intervención bancaria correspondiente.

El procedimiento de intervención administrativa y el de con carácter de gerencia que decreta la CNBV, según el artículo 41 del RIVC, se inicia con la "orden correspondiente en oficio" que contendrá los siguientes datos: (i) lugar y fecha de su expedición; (ii) persona física o moral a quien se dirige; (iii) motivos que la originan; (iv) acuerdo de la Junta de Gobierno; (v) disposiciones legales en que se funda; (vi) en su caso, los objetivos que se señalen en el acuerdo correspondiente; (vii) en su caso, apercibimiento y otros aspectos que procedan; (viii) nombre de la persona designada para practicar la intervención, y (ix) lugar o lugares en que habrá de practicarse.

En este sentido, el interventor y funcionarios de la CNBV se constituyen en las oficinas de la institución de banca múltiple que se va a intervenir con objeto de que el interventor notifique el acto de autoridad. En efecto, según los artículos 42 y 43 del RIVC, el interventor-inspector y el interventor-gerente, según el caso, practicarán la notificación de la intervención con el Director General o con el Presidente del "Consejo Directivo" (sic) y en su ausencia, con el funcionario de más alta jerarquía que se encuentre en el lugar, y harán entrega del oficio, levantando al efecto un acta circunstanciada ante dos testigos que le sean propuestos por las personas mencionadas y, en caso de no hacerlo, por los que designe el propio interventor. Encuentro en esto el carácter personal de la notificación del acto administrativo de la intervención administrativa *lato sensu*.

Asimismo, podrá el interventor, en la intervención administrativa o preventiva, poner bajo custodia la documentación e información que estime necesarias. En el caso de la intervención con carácter de gerente esto último no se requiere toda vez que se toma la administración y posesión de los bienes y derechos de la entidad intervenida.

Aun cuando la ley es omisa, considero que la CNBV, a través del interventor, deberá levantar un inventario de los bienes muebles e inmuebles, datos, informes, registros, libros de actas, auxiliares, documentos, correspondencia, y en general, toda la documentación que estime necesarios para el cumplimiento de su cometido, así como determinar el monto al que ascienden los registros contables. Asimismo, se deberá efectuar el arqueo a la caja principal considerando el efectivo, documentos, títulos de crédito y valores; se deberán revisar las cuentas del pasivo, activo y demás que tenga la entidad financiera intervenida; se coordinará el aspecto de seguridad física de la propia institución, asegurándose incluso, todo aquello que estime necesario, auxiliándose, en caso de ser necesario (artículo 8 de la LCNBV), por la fuerza pública.

De igual forma, se procederá a revocar los poderes y otorgar los que estime necesarios. En este sentido, existe Tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito que establece:

"PODERES OTORGADOS POR EL INTERVENTOR-GERENTE DE INSTITUCIONES BANCARIAS. SUS FACULTADES LAS FIJA LA PROPIA LEY".

Para la validez del poder no es necesario la inserción de la resolución que decida declarar la intervención; pues ello sólo será menester si en la resolución relativa se tuvieran que fijar las facultades del interventor-gerente, dado que, como se dice, éstas emanan de la propia ley, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que en el artículo 138 también mencionado se determine que la declaratoria de intervención debe ser acordada por la Junta de Gobierno y el presidente de la Comisión Nacional Bancaria, virtud a que del contenido de este precepto se advierte, en primer

término, que no se establecen los requisitos que se deben cumplir para acreditar el poder que otorguen las instituciones de crédito cuando han sido intervenidas, debiendo observarse lo dispuesto por el citado artículo 90; y, en segundo término, la designación de interventor-gerente no depende de los términos del acuerdo que tomen la Junta de Gobierno y el presidente de la Comisión Nacional Bancaria, pues éste tiene facultades para designar dicho interventor sin acuerdo previo con la mencionada Junta¹⁵⁹.

De conformidad con los artículos 141 de la LIC y 43 del RIVC, el oficio que contiene el nombramiento del interventor-gerente debe inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio de la entidad intervenida sin más requisitos que los contenidos en el mismo, satisfaciendo de esta forma la publicidad del acto frente a terceros. Las disposiciones legales vigentes son omisas respecto a los medios a través de los cuales la CNBV comunicará al público y particularmente a los acreedores de la institución intervenida el acto de intervención, sin embargo, es práctica normal que se peguen en las puertas y ventanillas de todas las sucursales del banco intervenido el aviso correspondiente y de esta forma hacer el conocimiento del mismo.

La declaración de intervención que hace el Presidente de la CNBV supone la previa estimación de que existe una adecuación a los supuestos normativos contenidos en las leyes aplicables. Esta declaración constituye la intervención propiamente dicha, y es el acto de autoridad por el cual la institución de banca múltiple pasa a ser administrada por el interventor-gerente, o bien, supervisada por un interventor-inspector, ya sea que se trate de una intervención con carácter de gerencia o una intervención preventiva, según el caso.

Las disposiciones legales vigentes en materia bancaria son omisas respecto al supuesto en que el interventor designado por la autoridad no acepte el cargo o nombramiento; en todo caso, considero que el oficio que emite la autoridad será eficaz hasta que exista la expresa o tácita voluntad del interventor en aceptar la función señalada, ya que en el supuesto que éste no acepte, se deberá emitir otro oficio en donde se consigne el nuevo nombre de la persona que llevará a cabo el cargo descrito. El oficio en donde se nombre al interventor tiene las características de lo que se conoce en la doctrina como "acto unión" por ser de aquellos en los que para su "eficacia previamente se cuenta con la intervención de varias voluntades, como es la del funcionario y la de la autoridad"¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Amparo directo 2263/98. Banca Cremi, S.A. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Soto Gallardo. Secretario: Alicia Marcellina Sánchez Rodelas. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IX, Mayo 1999. Tesis: III. Io. C. 91. Página: 1054. Materia: Civil. Tesis aislada.

¹⁶⁰ Fraga, Gabino. *Op. Cit.* pág. 231.

De igual forma y aun cuando en el oficio de declaración de intervención gerencial se omite el señalamiento de que el interventor-gerente deberá cubrir los requisitos señalados en el artículo 140 Bis de la LIC, considero que, a efecto de una correcta fundamentación y motivación del acto administrativo, se deberá hacer referencia al punto en cuestión, de lo contrario, se estaría violando la legalidad del acto.

7. Interventor-Gerente.-

En este apartado se observarán las facultades, obligaciones y relaciones con los órganos de administración y accionistas del interventor-gerente.

El interventor-gerente es la persona física designada por el Presidente de la CNBV (artículo 138 segundo párrafo de a LIC) y que está a cargo de la institución de banca múltiple una vez que se ha declarado la intervención gerencial, y quien tiene por objeto realizar todos los actos necesarios para cumplir con los objetivos del acuerdo de intervención, que al efecto hubiere realizado la Junta de Gobierno de la CNBV.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 140 Bis de la LIC, el interventor-gerente deberá reunir los mismos requisitos previstos por la LIC para los directores generales de las instituciones de banca múltiple.

Es importante señalar que el referido artículo fue adicionado mediante reforma publicada en el DOF el día 4 de junio del 2001, misma que contempló que al Interventor no se le aplicará lo dispuesto en la fracción VI del artículo 23 de la LIC, lo cual, se traduce en que los interventores pueden ser personas que realicen funciones de inspección y vigilancia de las propias instituciones de crédito.

Antes de la mencionada reforma a la LIC no se señalaba nada respecto a las características que debería reunir el Interventor, por ello, esta adición resultó un avance en la figura de la intervención bancaria, existiendo al respecto algunas sugerencias, como el caso del doctor De la Fuente Rodríguez, quien ha mencionado que los interventores deberían ser personas de "reconocida experiencia en contabilidad, materia financiera y amplia experiencia ejecutiva"¹⁶¹, aspecto que de alguna manera el artículo en comento consideró.

¹⁶¹ De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. Op. cit. Tomo II, pág. 1174.

Poco se ha discutido si el interventor debe o no ser un funcionario de la CNBV, existiendo en ello opiniones encontradas. El doctor De la Fuente Rodríguez ha exteriorizado la suya en el sentido de que los interventores "no deben ser funcionarios de la CNBV en virtud de que podrían constituirse en juez y parte, y cualquier irregularidad del interventor recaería en la Comisión"¹⁶². Al respecto, debo señalar que la LIC es omisa, sin que se establezca de manera categórica tal carácter.

Considero que el carácter con el que actúe el interventor-gerente, ya sea funcionario ("es el que realiza en nombre del Estado, actividades de representación y relación con los gobernados"¹⁶³) o no de la CNBV, es de suma importancia en la gestión de la intervención gerencial, particularmente en lo que se refiere al régimen de responsabilidad en el desempeño de tal importante actividad. Mediante las reformas y adiciones a la LIC del 4 de junio del 2001 en donde el legislador retomó nuevamente lo relativo a la intervención gerencial, este punto no se resolvió; por el contrario, se ha vuelto más confuso y contradictorio.

Si se parte del principio lógico que la intervención administrativa (en su amplio sentido) es una especie de las funciones generales de inspección y vigilancia a cargo de la CNBV y la intervención gerencial es una especie de la intervención administrativa, concluiré entonces que la intervención con carácter de gerencia será una función a cargo de la CNBV. En este sentido lo establecen, tanto el artículo 2 del RIVC al señalar que las atribuciones en materia del procedimiento de intervención se "ejercerá" por la CNBV, como la fracción XIII del artículo 16 de la LCNBV al prever que dentro de las funciones generales de las direcciones generales de la CNBV son las de "practicar las intervenciones administrativas y con carácter de gerencia".

El punto relativo a que será la propia CNBV, atendiendo un interés público, quien practique directamente la intervención gerencial, es de suma importancia, ya que se trata de funciones que no puede delegar a terceros.

Ahora bien, al designar directamente la CNBV al interventor-gerente, esto es, a la persona física que se hace cargo de la institución sujeta a intervención gerencial, se encuentra en ello un acto de autoridad de la Comisión y la forma de cómo desempeñar materialmente esta función de interés público.

De lo anterior infiero, *prima facie*, que el interventor-gerente es un funcionario de la CNBV, puesto que es él quien realiza en nombre de ella los actos jurídicos que impliquen conductas de

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ Gutiérrez y González, Ernesto: *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 580.

decisión sobre la intervención gerencial, así como las facultades de ejecución de esas mismas decisiones.

Asimismo, con la adición del artículo 140 Bis a la LIC, el legislador excluyó de los impedimentos para ser interventor-gerente el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia a las instituciones de crédito, las cuales, son directamente de la CNBV y se ejercen a través de sus propios funcionarios. Considero que tal reforma, al precisar que al interventor-gerente no se le aplicará la restricción comentada, confirma el interés en que el interventor-gerente sea un funcionario de la CNBV.

En efecto, al excluir el legislador como impedimento para el desempeño del cargo de interventor las funciones propias de la CNBV me hace inferir que éstos deberán ser funcionarios de la CNBV, ya que si la intención del legislador hubiera sido en el sentido de conferir esta función a una persona desligada de la CNBV, no se hubiera expresado de manera directa la exclusión de la fracción VI del artículo 23, sino que simplemente se hubiere omitido.

Aun cuando he mencionado que la LIC es omisa en cuanto a señalar directamente si el interventor debe o no ser funcionario de la CNBV, y que a través de una interpretación jurídica se puede llegar a la conclusión de que sí lo es, considero que la opinión del doctor De la Fuente Rodríguez parece ser la más aceptable, especialmente porque se respetaría el principio de que nadie puede ser juez y parte. Sin embargo, la LIC, de manera confusa autoriza a que estas funciones sean ejercidas por personas ajenas a la CNBV, por lo que a efecto de tener seguridad jurídica, se deberá hacer la reforma del precepto atendiendo a la salvaguarda del mencionado principio general de Derecho.

Así, mediante las reformas a las que hemos hecho referencia con antelación, y particularmente con la adición del tercer párrafo en el artículo 133 de la LIC, al señalarse que en el ejercicio de las funciones de inspección propias de la CNBV, y cuando así lo requiera, ésta podrá "contratar los servicios de auditores y de otros profesionales que le auxilien en dicha función", se deja con ello la opción abierta, y de manera discrecional, que la función del interventor sea realizada por personas profesionales ajenas a la CNBV.

Tratándose de personas ajenas a la CNBV para el ejercicio del cargo de interventor, el doctor De la Fuente Rodríguez estima que éstos no deben ser funcionarios del banco intervenido, sino que además, "deberán ser personas que hayan ocupado puestos de nivel decisorio dentro del sistema financiero y con experiencia en materia administrativa y financiera"¹⁶⁴. Por último, concluye

¹⁶⁴ De la Fuentes Rodríguez, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Op. Cit.* Tomo II, pág. 1174.

manifestando que estas personas no forman parte del personal de la CNBV "ni su actividad puede ser considerada como un cargo público"¹⁶⁵.

En efecto, para una eficaz gestión en la intervención, y especialmente para excluir cualquier conflicto de intereses entre las partes que participan en la intervención bancaria (entidad financiera y autoridad), la opinión del doctor De la Fuente Rodríguez es la más acertada desde el punto de vista jurídico, ya que no sólo se respetaría el principio general de Derecho de que nadie puede ser juez y parte, sino que también se traduciría en una imparcial actividad la interventoría. Para apoyar lo anterior y sin que por ello me adentre en el estudio de otro tipo de interventores, el Capítulo II del título Sexto de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal publicada en el DOF el día 7 de febrero de 1996, considera a los interventores de concurso como "auxiliares de la administración de justicia" que desempeñan una función pública, pero no un cargo público.

Así las cosas, se debe tener en la intervención, según el doctor De la Fuente Rodríguez, dos elementos esenciales: "el carácter público de la función o del servicio de interventoría y el carácter privado del sujeto que ejercía tales actividades"¹⁶⁶. Como mencioné en líneas arriba, no hay especificidad en las disposiciones legales por lo que se refiere a este último aspecto que refiere el doctor De la Fuente Rodríguez. Con base en los argumentos antes expuestos tendría que haber por parte del legislador una reforma que esclarezca detalladamente el carácter con que actúa el interventor-gerente, sea o no funcionario de la CNBV y su concomitante régimen de responsabilidad.

A. Facultades y Obligaciones.-

El Artículo 140 de la LIC precisa que el interventor-gerente tendrá todas las facultades que normalmente corresponden al consejo de administración de la institución intervenida (gestión interna y representación externa), así como también, plenos poderes generales para actos de dominio, de administración, de pleitos y cobranzas, de sustitución, sean generales o especiales que juzgue conveniente, y para otorgar y suscribir títulos de crédito; para presentar denuncias y querellas y desistirse de estas últimas, previo acuerdo del Presidente de la CNBV, y para revocar los poderes que estuvieren otorgados por la institución intervenida y los que el mismo hubiere conferido.

El referido artículo expresa que el interventor-gerente no queda supeditado en su actuación a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración. En este sentido, el interventor-

¹⁶⁵ *Idem.*

gerente toma el carácter de administrador único y principal funcionario de una institución de crédito intervenida gerencialmente, sin que esté obligado a rendir cuentas a los órganos sociales de la sociedad.

Asimismo, el interventor-gerente tiene la facultad de convocar a los accionistas y a los miembros del consejo de administración a celebrar asambleas con el fin de someter a su consideración ciertos asuntos, en sus respectivas esferas de competencia.

En este cúmulo de facultades que tiene el interventor-gerente, se encuentran las propias de un funcionario, tales como, las facultades de resolución, nombramiento, mando, vigilancia, disciplinario y revisión. Lo anterior, no es óbice para señalar que al tener la CNBV la facultad para ordenar levantar la intervención con carácter de gerencia, se traduce en que sea ésta en última instancia la quien tiene plenas facultades sobre el interventor-gerente.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de las facultades del interventor-gerente (tiene las facultades que le corresponden al consejo de administración), dichas facultades únicamente deben ejercerse con el fin de restaurar la estabilidad y la solvencia de la institución, para salvaguardar los intereses del público y los de sus acreedores.

Por consiguiente, la principal obligación del interventor-gerente es la de ajustar su actuación al cumplimiento estricto de los fines de la intervención respectiva.

B. Relaciones con los órganos sociales.-

Se ha señalado que la característica principal de la intervención gerencial consiste en la designación por parte de la autoridad competente de una persona física que se haga cargo de la administración o gerencia de una institución de banca múltiple. De tal forma, en los siguientes incisos se observará lo relativo a las relaciones jurídicas existentes entre la interventoría con el consejo de administración y la asamblea de accionistas de la sociedad anónima intervenida.

Como premisa importante y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 140 de la LIC se establece que en su actuación, el interventor-gerente "no quedará supeditado" a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración. Lo anterior, ha dado lugar en la doctrina a considerar si las facultades del interventor-gerente sustituyen o desplazan las facultades de los órganos sociales de la sociedad intervenida.

Hay autores que consideran en la intervención gerencial la "sustitución de los órganos administrativos de la sociedad"¹⁶⁷ por las del interventor-gerente, aspecto que no implica que éste tenga la calidad de órgano de la misma. Por el contrario, otros consideran que situaciones especiales como la del interventor-gerente "conducen a un desplazamiento de los órganos ordinarios de la sociedad anónima en favor del órgano extraordinario"¹⁶⁸, calificando a la intervención como un órgano de la sociedad anónima.

Al respecto, y como se verá más adelante, en estricto sentido jurídico existe un desplazamiento de los órganos sociales de la sociedad en favor del interventor, es decir, se trasladan o mueven las funciones de los órganos sociales a la persona que al efecto nombre la CNBV y, por tanto, no tiene verificativo la sustitución de los órganos sociales, ya que éstos no se destituyen formalmente, es decir, no desaparecen con la intervención gerencial, sino que suspenden su actividad y su competencia en tanto dure la interventoría. Sobre este punto, el jurista Barrera Graf establece que la intervención gerencial es "un órgano de la institución independiente de la asamblea y del órgano de administración"¹⁶⁹.

Con relación a si el interventor-gerente, *per se*, es o no un órgano, independiente o extraordinario de la sociedad anónima intervenida, ha sido objeto de discusión en la doctrina. En este sentido, considero que es de suma importancia el que se determine su naturaleza, puesto que de ello derivan consecuencias jurídicas dignas de observarse, especialmente en lo relativo al régimen de responsabilidad que pudiere tener el interventor-gerente. En cuanto a si se trata o no a la figura del interventor-gerente como órgano, soy de la opinión que en sí, y frente a la sociedad anónima, el interventor-gerente es un órgano; incluso, según el *Diccionario de la Lengua Española* el vocablo órgano en su sexta acepción se define como "persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o un designio"¹⁷⁰, por lo que no existe nominalmente problema para darle tal significado, además, en razón de que el interventor-gerente, al tener las facultades de los órganos de administración y asamblea de accionista, se conduce como un órgano de la sociedad, tampoco por su naturaleza tendría el inconveniente para ser denominado órgano social. Ahora bien, con relación a si se trata de un órgano independiente o extraordinario de la sociedad, considero que el interventor-gerente es un órgano extraordinario, puesto que la regla general en la constitución de toda institución de banca múltiple no se establece ni se regula tal figura jurídica, y sólo en caso de que se actualicen las hipótesis del artículo 138 de la LIC, tendría verificativo la declaración de

¹⁶⁷ De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito*. Op. Cit. pág. 1182.

¹⁶⁸ Frisch Philipp, Walter: *Sociedad Anónima Mexicana*, Cuarta edición, Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V., México, 1996, pág. 375.

¹⁶⁹ Barrera Graf, Jorge. Op. Cit. pág. 223.

¹⁷⁰ Real Academia Española. Op. Cit. pág. 1486.

intervención con carácter de gerencia por parte de la autoridad y por lo tanto, la presencia de tal órgano independiente o extraordinario.

B.1. Consejo de Administración.-

En el capítulo primero del presente trabajo se estableció que de conformidad con la LIC y en congruencia con la LGSM, la administración de una institución de banca múltiple está encomendada a un consejo de administración y a un director general.

El consejo de administración por su carácter de órgano colegiado tiene a su cargo todas las funciones de gestión del negocio social y la representación de la institución de crédito; asimismo, el director general constituye un administrador ejecutivo nombrado por el consejo de administración para operar a la institución de banca múltiple.

Ahora bien, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 140 de la LIC, en la intervención con carácter de gerencia las facultades del consejo de administración (y por mayoría de razón las del director general) se supeditan por las del interventor-gerente, quien desde un punto de vista jurídico adquiere las funciones, como ya lo mencioné, similares a las de un administrador único.

Por lo que se refiere a lo mencionado en el párrafo anterior, se encuentra en la LIC una inconsistencia de principios, porque, al adoptarse como regla general para la administración y conducción de este tipo de sociedades la de un órgano colegiado en donde las decisiones no sean tomadas por una sola persona, sino por un consejo de administración, con la intervención con carácter de gerencia, esta regla se rompe al sustituirse por el gobierno unipersonal para este tipo de entidades.

En mi consideración, el *statu quo* de gobierno de una sociedad intervenida y la actividad que desempeña el interventor-gerente, por el grado de importancia para el sano desarrollo de la propia institución y su presunta insolvencia económica, requiere, por mayoría de razón, ser congruente con el principio de colegiación de gobierno en que primariamente se inspiró el legislador. En todo caso, la interventoría gerencial debería estar conformada por un cuerpo colegiado de mínima integración (terna) de interventores-gerentes y donde uno de ellos tenga el carácter de presidente (voto de calidad), a efecto de que exista consistencia con el principio de colegiación y, se responda con ello, a la finalidad e importancia que reviste esta figura para la sana administración y conducción de entidades financieras que ponen en riesgo el interés social.

A pesar de que el interventor-gerente asuma las funciones señaladas, el consejo de administración puede continuar reuniéndose (no desaparece) con el objeto de conocer el desarrollo de la intervención, sobre el funcionamiento y las operaciones que realice la sociedad y, para opinar sobre los asuntos que el interventor-gerente someta a su consideración (artículo 142 de la LIC).

Además, el consejo de administración está obligado a reunirse cuando lo estime conveniente o necesario el propio interventor, para lo cual, deberán cubrirse los requisitos de forma previstos en la LGS. No obstante, no considero que estas sean las únicas y válidas sesiones que puedan darse, ya que la LIC no deroga ni expresa ni tácitamente disposiciones de la LGS y tampoco supone modificación sustancial a la LGS respecto a la competencia de este órgano.

Al no disolverse el consejo de administración en virtud de la Intervención con carácter de gerencia, no significa que los administradores continúen en el desempeño de su cargo y funciones, sino que, están sujetos a lo que les impone la LIC para el caso concreto de intervención. El efecto inmediato de la declaración de intervención es que se priva a la institución de banca múltiple de su propia administración y de la disposición de sus bienes, a efecto de que el interventor-gerente pueda corregir las irregularidades en que se incurrió.

En relación con las relaciones entre el interventor-gerente y los órganos sociales, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito estableció la siguiente Tesis:

"SUSPENSIÓN PROVISIONAL, IMPROCEDENCIA DE LA. CONTRA ACTOS DE LOS INTERVENTORES-GERENTES DE LAS INSTITUCIONES DE BANCA Y CRÉDITO.

De una interpretación conjunta de los artículos 1, 4, 46, 138, 140 y 142 de la Ley de Instituciones de Crédito se colige que el ejercicio de las facultades de los interventores-gerentes de las instituciones de banca y crédito son de orden público, pues tienden a regularizar el funcionamiento de la institución intervenida, con el propósito de que no se afecte su estabilidad o solvencia y que, con ello, no se pongan en peligro los intereses del público o sus acreedores, pues debe tomarse en consideración que la organización y funcionamiento de estas instituciones, las actividades y operaciones que éstas realizan, su sano y equilibrado desarrollo, no pueden llevarse a cabo por meras decisiones caprichosas o irresponsables de sus administradores, sino que se encuentran sujetas a los lineamientos estrictos que la propia ley de la materia les impone y, para lo cual, la propia ley otorga al Estado el ejercicio de la rectoría del sistema bancario mexicano, con el fin de vigilar su buen funcionamiento y, con ello, apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional. Por tanto, el otorgamiento de la suspensión provisional contra los actos de los susodichos interventores-gerentes traería como consecuencia la afectación del interés

social y contravendría disposiciones de orden público, lo que hace improcedente dicha medida cautelar de acuerdo con lo dispuesto en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo¹⁷¹."

Queja 101/95. Elastómeros y Polímeros, Sintéticos, S.A. de C.V. 18 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza.

Como se puede observar, para el mencionado Tribunal los actos de los interventores-gerentes son de orden público y las actividades que realizan las instituciones de banca múltiple deben ajustarse estrictamente a las leyes, por lo que es improcedente el otorgamiento de la suspensión provisional en materia de amparo, ya que ello representaría una afectación al interés social.

En efecto, en correspondencia con el interés social, el interventor-gerente tampoco está supeditado a la asamblea de accionistas de la propia institución. Por ello, la resolución del Tribunal otorga al interventor-gerente las más amplias facultades para regularizar el buen funcionamiento de la institución intervenida y no permite la suspensión de los actos que realice en el desempeño de su cargo.

Dicha amplitud de facultades, que se justifican en razón de la finalidad de la intervención gerencial, no puede significar la ausencia de control o supervisión del ejercicio de dichas facultades, ni tampoco implicar ausencia de un régimen específico de responsabilidad para el caso de que se detecten irregularidades del interventor en el desempeño de su cargo. Sin embargo, las distintas disposiciones legales vigentes son omisas respecto a los controles y sanciones que pueda o no tener el interventor-gerente en el ejercicio de sus funciones.

En párrafos anteriores mencioné la inconsistencia de principio en la LIC, respecto a la sustitución de un órgano colegiado por el de un órgano compuesto por una sola persona. A efecto de crear controles que limiten las funciones del interventor-gerente en su encargo, es que he considerado la viabilidad de que la interventoría esté compuesta por un órgano colegiado de interventores-gerentes.

La CNBV, por ser la autoridad supervisora del sistema bancario y con base al carácter público de la función de la intervención gerencial, es la persona autorizada y facultada para inspeccionar, vigilar y limitar la actividad del interventor-gerente. En efecto, con la intervención gerencial no existe derogación de la aplicación de las leyes vigentes en cuanto a la funcionalidad general de una institución de crédito, así como tampoco existe derogación de aplicar la normatividad al desarrollo y desempeño de la interventoría; por lo que, en caso de que la CNBV

¹⁷¹ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: II,

detecte o encuentre alguna irregularidad a cargo del interventor, se hará del conocimiento a la SHCP a efecto de que ésta última señale lo conducente.

Como se ha mencionado, no existe ninguna disposición legal expresa respecto a la manera de cómo se pueda controlar la actuación del Interventor-gerente. Al no haber un régimen legal expreso de responsabilidad respecto al encargo del interventor-gerente, toma interés el carácter de si se trata o no de un funcionario de la CNBV. Aun cuando en principio la interventoría la lleva a cabo la CNBV a través sus propios funcionarios, puede ser también conferida a personas ajenas a la Comisión.

Soy de la opinión que si estamos frente a un funcionario de la CNBV, el régimen de responsabilidad aplicable será el previsto para los servidores públicos de la administración pública federal en el Título Segundo de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos publicada en el DOF el día 13 de marzo del 2002, sin perjuicio de que se apliquen las disposiciones del derecho común. Sin embargo, tratándose de personas no adscritas a la CNBV, aun cuando desarrollan un servicio público, se deberá aplicar el régimen general previsto en la LIC en cuanto a sanciones, prohibiciones y delitos, sin perjuicio de aplicar otras disposiciones tales como las del derecho común.

Ahora bien, con base al artículo 140 de la LIC el interventor-gerente tendrá todas las facultades que normalmente corresponden al consejo de administración, de tal forma que, al tener todas las facultades también contrae sus correlativas obligaciones. En este sentido, los administradores de la sociedad anónima, según el artículo 157 de la LGSM, "tendrán las responsabilidades inherentes a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen", por lo tanto, esta responsabilidad y obligaciones se hacen extensivas al interventor-gerente. Este será, junto con las disposiciones del derecho civil, el fundamento legal que origine la responsabilidad civil del interventor-gerente.

Para determinar la responsabilidad civil por parte del Interventor-gerente por el mal desempeño de sus funciones, se deberán cubrir lo que la doctrina ha establecido como requisitos de indemnización compensatoria por el incumplimiento de obligaciones. Los requisitos son, según el jurista Rojina Villegas, "a) la comisión de un daño; b) la culpa, y c) la relación de causa y efecto entre el hecho y el daño"¹⁷².

Cobra relevancia para esta determinación el partir del principio lógico-jurídico de que todo hombre debe ser responsable ante las consecuencias dañosas de sus propios actos. No se

pretende desarrollar el tema de la responsabilidad civil en la intervención con carácter gerencial, por sobrepasar los alcances del presente trabajo de investigación, aún así, creo oportuno reiterar que la legislación bancaria positiva en México es omisa respecto a ello, por lo que se deberán llevar a cabo las precisiones legales correspondientes.

De igual manera, es pertinente asentar que para la reparación del daño se deberá comprobar objetivamente el menoscabo sufrido en el patrimonio de la institución de banca múltiple por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquiera ganancia que legítimamente los socios debieron haber obtenido y no obtuvieron como consecuencia de ese hecho.

La comprobación objetiva del daño patrimonial que sufra la institución de banca múltiple por el mal desempeño del interventor-gerente está íntimamente ligado a lo que se anotó cuando se observó lo relativo a la insolvencia de las entidades financieras. En efecto, el que se determine si la insolvencia del banco fue anterior o concomitante a la intervención y el grado de incidencia que haya tenido el desempeño del interventor-gerente en agravar tal insolvencia, son temas que la legislación bancaria no ha previsto. Corresponde a la CNBV determinarlo y al interventor-gerente defenderse frente al derecho que gozan los socios de la institución de banca múltiple en ejercer y reclamar la responsabilidad correspondiente.

B.2. Asamblea de Accionistas.-

Los socios o accionistas de las instituciones de banca múltiple son titulares de un conjunto de derechos y obligaciones en relación con la sociedad a la que pertenecen, mismos que están incorporados a las acciones que tengan.

En este sentido, el accionista tiene un *status* particular, ya que sus derechos y obligaciones se ejercen frente a la sociedad, y no son resultado de vinculaciones aisladas, sino consecuencia común de la calidad de socio.

A efecto de que puedan los accionistas ejercer los derechos que derivan de su *status*, se han clasificado sus derechos de acuerdo a su procedencia y con base a su naturaleza.

De acuerdo a su procedencia u origen, los derechos de los accionistas se le clasifican a su vez en tres grandes rubros: (i) los que provienen de la naturaleza misma de la sociedad anónima, tales como, el derecho a suscripción y pago; el de obtener y reclamar información a los diferentes

¹⁷² Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil Mexicano*, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1985, Tomo V, Volumen II, pág. 119.

órganos sociales, y participar en el funcionamiento de los mismos; (ii) los derechos que se otorgan al socio con independencia de que el contrato social lo prevea, por ejemplo, el de participar en las utilidades, derecho de retiro, de transmitir y gravar las acciones; y, (iii) los derechos que la asamblea puede conceder al socio, siendo derechos disponibles, renunciables y de ejercicio discrecional, señalándose entre ellos, el derecho al dividendo y el de veto.

Por su naturaleza, los derechos de los accionistas se clasifican en patrimoniales, tales como, derecho a las utilidades, cuota de liquidación, de preferencia; y por lo que se refiere a los derechos de consecución o estrictamente corporativos, encontramos el derecho de voto, de oposición a los acuerdos de la mayoría, y derecho a deliberar dentro de las asambleas.

Asimismo, los derechos de los accionistas se pueden ejercer de tres formas: (i) individualmente; (ii) aquellos que por su naturaleza intrínseca sólo pueden desplegarse en forma colectiva o por un accionista que sea titular de una minoría determinada de acciones; y, (iii) aquellos que sólo se pueden ejercitarse colectivamente o por la asamblea ordinaria o extraordinaria.

Ahora bien, la sociedad cuenta con órganos sociales, entre ellos, la asamblea de accionistas, la cual, es el órgano supremo de la sociedad, como dice el artículo 178 de la LGSM. Ello significa que sus decisiones no pueden ser discutidas por ningún otro órgano y que es quien dice la última palabra en lo concerniente a la marcha de la sociedad, pudiendo marcar normas de actuación y dar instrucciones a todos los demás órganos.

Tal y como se estableció en el capítulo primero del presente trabajo, las instituciones de banca múltiple son una especie del régimen general de las sociedades anónimas, por lo que al momento de actualizarse la hipótesis de intervención con carácter de gerencia, tendrá un tratamiento diferenciado en los derechos y obligaciones de sus socios, y en las facultades de sus órganos sociales.

En virtud de la intervención gerencial, las facultades de la asamblea de accionistas se ven reducidas, pues como lo establece el artículo 140 de la LIC, "el interventor-gerente no quedará supeditado en su actuación a la asamblea de accionistas". Sin embargo, ello no significa que la asamblea de accionistas desaparezca, por el contrario, podrá continuar reuniéndose regularmente para conocer de los asuntos que le competen y para opinar sobre los asuntos que el interventor-gerente someta a su conocimiento, cuando así lo estime necesario o conveniente.

Aun cuando la propia ley no establece cuáles son los "asuntos que le competen" a la asamblea de accionista durante tenga verificativo la intervención gerencial, aspecto que deberá ser

objeto de revisión por parte del legislador para evitar violaciones en la esfera jurídica de los socios y la extrema discrecionalidad a las funciones del interventor-gerente, se establece que existe una afectación parcial a los derechos de los accionistas, los cuales, se ejercerán o limitarán según situaciones jurídicas concretas.

A continuación observaremos algunas de esas situaciones jurídicas concretas que en mi opinión significan, desde el momento de la intervención gerencial a la sociedad anónima bancaria, algún tipo de modificación en el ejercicio de los derechos de los socios y en el de la asamblea.

El derecho que tienen los accionistas de participar en el funcionamiento de los órganos sociales y el de oposición a los acuerdos de los órganos sociales, se ven afectados con el acto administrativo de intervención, en razón de que el segundo párrafo del artículo 142 de la LIC dispone que "el interventor-gerente no quedará supeditado en su actuación a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración", sin embargo, este mismo artículo faculta a la asamblea de accionistas a obtener información del interventor-gerente sobre el funcionamiento y las operaciones que realice la institución de crédito.

Aun cuando la asamblea de accionistas puede continuar reuniéndose para conocer de los asuntos que le competen, como sería el de conocer los informes financieros (artículo 172 de la LGSM), con base al artículo antes referido, no se permite que ella cuestione las actividades y desempeño del interventor-gerente.

Por lo que se refiere al desarrollo de las asambleas de accionistas, tanto ordinarias como extraordinarias, estas tendrán el mismo procedimiento y deberán cubrir las mismas formalidades que señalen los estatutos sociales, de tal forma que no se restringen los derechos corporativos de los accionistas, como serían, por ejemplo, el derecho de votar y los derechos de minoría. Sin embargo, con la intervención gerencial se afecta y restringen los derechos consignados a la asamblea general ordinaria en el artículo 181 de la LGSM, toda vez que se suspenden sus derechos en cuanto a discutir, aprobar o modificar el informe de la administración social, así como también, el relativo a nombrar o en su caso, remover, al órgano de administración y vigilancia de la institución de crédito.

Respecto a las facultades de la asamblea extraordinaria de los accionistas de la institución de banca múltiple durante la intervención gerencial no serán objeto de afectación, puesto que el interventor-gerente tendrá solamente las facultades que "normalmente corresponden al consejo de administración" sin que ello se traduzca en que tendrá las facultades propias del órgano supremo de la sociedad. No obstante, el interventor-gerente, por mandato de ley, no quedará supeditado en su actuación a lo que legítimamente acuerde la asamblea extraordinaria de accionistas, en todo

caso, siempre para la aprobación de las resoluciones que se adopten en este tipo de asambleas deberán contar con la aprobación de la SHCP y será ella la que determine lo conducente.

Los derechos que tienen los socios a la participación de utilidades, al de cuota de liquidación, derecho de retiro, derecho de transmitir y gravar las acciones y el derecho de nombrar representante, no se ven afectados con la intervención gerencial. No obstante, se debe hacer una precisión en torno al derecho de participación en las utilidades, en este caso, los accionistas gozan del mismo, aunque se deberán sujetar al estado patrimonial que guarde la institución de crédito con relación a su estabilidad y solvencia.

En este sentido, el supuesto que la institución de crédito haya incurrido en quebrantos, por la importancia de su monto, puede afectar la posición accionaria de cada uno de los socios y con ello perder sus derechos de recuperación. La obligación de soportar las pérdidas entre los accionistas deriva de la naturaleza misma del contrato social y, en principio, la distribución de las pérdidas entre los socios se hace en proporción a sus aportaciones.

Por último, el derecho de los accionistas minoritarios o el de denunciar por escrito ante los comisarios los hechos que estimen irregulares de la administración, así como el derecho de solicitar al Consejo de Administración la convocatoria de una asamblea para que se designen comisarios, no se ven afectados con la intervención con carácter de gerencia, porque mediante la misma sólo se sustituyen las facultades del Consejo de Administración por las del interventor-gerente para los efectos de corregir las irregularidades de cualquier género.

Como se ha podido observar, con la intervención gerencial se limitan las facultades que los socios tenían para funcionar como asamblea general, afectando directamente los derechos de procedencia y patrimoniales, ya que por la particular situación económica-financiera (supuesto de presunta inestabilidad e insolvencia) en que se encuentra la institución, se deberá esperar el resultado que tenga la intervención gerencial para que los socios recuperen plenamente sus derechos.

8. Terminación de la Intervención Gerencial.-

De conformidad con el artículo 143 de la LIC, la CNBV está obligada a levantar la intervención una vez que se cumpla su finalidad, es decir, cuando se hayan subsanado o corregido las irregularidades que la motivaron y, en este sentido, haya cesado la inestabilidad o insolvencia de la institución.

La obligación a cargo de la CNBV de levantar la intervención con carácter de gerencia no está sujeta a discrecionalidad, en virtud que la disposición en comento establece categóricamente que la autoridad "acordará levantar" esta medida administrativa. El criterio anterior será actualizado cuando se hayan actualizado y cubierto los supuestos normativos del artículo 143 de la LIC.

No obstante, el acuerdo de "levantar" la intervención con carácter de gerencia, se deberá fundar y motivar en aquellos elementos objetivos que supongan una corrección en la estabilidad de la institución de crédito, de tal forma, que no exista duda en cuanto a una afectación de los intereses del público y sus ahorradores. En virtud que los órganos sociales de la sociedad aún se conservan, serán estos los facultados para solicitarle a la CNBV, acordar lo conducente una vez que ellos determinen el cese de un peligro de insolvencia o inestabilidad de la propia institución.

Asimismo, la CNBV debe comunicar mediante oficio al director general, director o gerente de la institución y al encargado del Registro Público de Comercio que haya hecho la anotación del nombramiento del interventor gerente, para que cancele la inscripción respectiva (tercer párrafo del artículo 143 de la LIC).

Según el artículo 44 del RIVC, la terminación de una intervención gerencial tiene que cumplir con ciertas formalidades, como es lo concerniente a que se levante un acta de entrega firmada por las partes involucradas ante dos testigos que al efecto designe la institución intervenida o el propio interventor-gerente en caso de que no lo hagan las personas encargadas de la entidad financiera.

Como ya se mencionó, nuestra legislación (artículo 143 de la LIC) prevé otro rumbo para la intervención gerencial, es lo relativo al incumplimiento por parte del interventor-gerente para satisfacer la finalidad de la intervención en los plazos previstos por la ley. En caso de darse esta hipótesis, se procederá conforme a lo señalado por la LPAB.

9. Efectos de la Intervención Gerencial en la Institución de Banca Múltiple intervenida.-

Al ir analizando la figura jurídica de la intervención bancaria en el desarrollo de este capítulo, se han establecido los distintos efectos que tiene la intervención gerencial para la institución de banca múltiple una vez que sufre por parte de la CNBV este acto de autoridad.

Sin embargo, en este punto quiero precisar y destacar un aspecto de importancia en el desenvolvimiento de la intervención gerencial: lo concerniente a la relación que guarda la institución intervenida frente a terceros. En este sentido, la institución de banca múltiple como persona en el

ámbito del derecho conserva su personalidad jurídica (entendemos por ésta la "cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones"¹⁷³) y, continúa actuando y operando en el mundo del derecho y frente a terceros, como lo hacía antes de la intervención; con todos sus derechos y obligaciones, así como atribuciones derivadas de su personalidad jurídica, conservando al efecto, su nombre (denominación social), domicilio, nacionalidad y patrimonio.

La intervención gerencial no priva a la institución intervenida de sus bienes ni de la titularidad de sus derechos (no tiene efectos expropiatorios). Así las cosas, las relaciones jurídicas entre la entidad financiera intervenida frente a terceros se conservan con toda vigencia y de manera eficaz, sin que al efecto se pueda argumentar novación o subrogación de las mismas.

10. Inconstitucionalidad del Procedimiento de Intervención Gerencial.-

Al inicio del presente capítulo se asentó que la intervención gerencial es un procedimiento confiscatorio y que no otorga ni respeta la garantía de audiencia a quienes la sufren. Es por ello que he denominado al presente inciso como Inconstitucionalidad del Procedimiento Administrativo de Intervención con carácter de gerencia, ya que he partido de la hipótesis que la declaratoria por parte de la autoridad violenta a la CPEUM. Detallaré a continuación el razonamiento para apoyar la premisa de partida.

Aun cuando en el régimen legal de México la confiscación total de bienes está prohibida (artículo 22 de la CPEUM), se debe entender que esta figura está prevista por la legislación penal de manera parcial al denominarse como decomiso, considerándose como especie de cierto tipo de penas y medidas de seguridad.

Ahora bien, el vocablo confiscar (del lat. *Confiscare*) al significar "privar a uno de sus bienes y aplicarlos al Estado"¹⁷⁴ y, decomiso (del lat. *Commisum*), que significa "objeto confiscado"¹⁷⁵ son desde el punto de vista estricto del derecho figuras que en nuestro ordenamiento no tienen relación con la intervención bancaria, ya que ésta no es considerada como pena o medida de seguridad; sin embargo, consideramos que la LIC al regular la intervención gerencial y por seguir un procedimiento que en sus efectos tiene la privación de bienes y derechos a favor de la autoridad administrativa como consecuencia de una sanción, lleva a cabo, por asimilación un procedimiento confiscatorio.

¹⁷³ Voz: Personalidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit.* Tomo III, pág. 2400.

¹⁷⁴ *Idem.*, pág. 601.

El artículo 14 de la CPEUM señala expresamente que nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En mi opinión, con el procedimiento de intervención gerencial al efectuarse el acto privativo y de molestia por parte de la autoridad, se viola la garantía de audiencia de las instituciones de banca múltiple, pues éstas no son oídas ni vencidas por la CNBV antes de declararse la intervención gerencial.

Es cierto que la actividad bancaria es de orden público y, en ese sentido, tiene repercusión en toda la comunidad; por lo que se justifica el carácter restrictivo y sancionador a cargo del Estado, pero no así el que se violen las formalidades y garantías que otorga la CPEUM a sus gobernados.

También es cierto que en la intervención gerencial se desarrollan actos procedimentales previos, mismos que son derivados de las funciones de inspección; pero como se ha observado, no es la única hipótesis que contempla nuestro ordenamiento legal en cuanto opción para la intervención, sino que "cuando a juicio" de la CNBV existan "irregularidades de cualquier género" el presidente de la CNBV "podrá proponer", a su discreción, la "declaración de intervención con carácter de gerencia".

No siempre la intervención puede surgir del previo procedimiento de inspección. En esta hipótesis, las visitas de inspección constituyen las pruebas y evidencias que la autoridad remitirá a la institución, junto con las medidas necesarias que se consideren para subsanar y corregir las irregularidades, traduciéndose en una especie de apercibimiento, en el sentido de que si la entidad no corrige las irregularidades, entonces la autoridad administrativa intervendrá a la institución de crédito a fin de que se cumplan las medidas coercitivas.

También puede verificarse la intervención con carácter de gerencia como consecuencia de no haberse practicado las funciones propias de la supervisión bancaria, esto es, que derivado de adversas condiciones macroeconómicas, la CNBV suponga que existe un peligro de insolvencia o inestabilidad en la institución de banca múltiple, ordenando al efecto, el acto privativo de autoridad sin el previo procedimiento en donde pueda hacer valer la institución lo que a sus derechos convenga.

¹⁷⁵ *Idem.*, pág. 836.

Se podrá decir que en el supuesto de que no se tomaran las medidas de intervención de manera pronta y expedita, se estaría pasando por encima de los intereses del público y acreedores, ya que éstos quedarían expuestos a un riesgo mayor por no haberse corregido en su oportunidad las irregularidades en que hubieren incurrido las entidades financieras. Sin embargo, considero, en este punto, que efectivamente existe ese riesgo mayor, pero ello no justifica el que se violente al Estado de Derecho. Es mejor reformar y hacer más clara la norma y que se respeten las garantías de los gobernados, que tener la justificación para hacerlo en cualquier momento y de manera sumamente discrecional y arbitraria.

La facultad a cargo del Estado de ejercer la rectoría económica que le otorga nuestra Ley fundamental no es óbice para incumplir con las disposiciones y garantías consagradas en esta constitución.

Es cierto que la privación no es eterna, sino temporal, por lo que se traduce en una limitación parcial a los derechos de los accionistas y de los administradores de la entidad financiera intervenida. Respecto a la transmisión de bienes y derechos, es cierto también que éstos no pasan a la esfera de la autoridad, sino que los mismos se ven limitados y serán únicamente administrados por el interventor temporal.

Sin embargo, no existe en el ordenamiento legal vigente una salida que respete la garantía de audiencia de la institución de banca múltiple al momento de ser objeto de intervención gerencial, ya sea en la vía administrativa o en el amparo (como vimos, no se otorga la suspensión provisional).

Se ha discutido de manera general en la doctrina jurídica y a propósito de la facultad de la CNBV (autoridad administrativa) de poder sancionar el incumplimiento o la violación de las disposiciones de la LIC a las instituciones de banca múltiple, la legalidad de tal competencia sancionadora por no estar debidamente reglamentada en la ley y, específicamente por contravenir el artículo 21 de la CPEUM. Como se ha mencionado, existe en los tribunales y así ha quedado asentado en diversas jurisprudencias el criterio de que la autoridad administrativa está plenamente facultada y cuenta con la competencia sancionadora en caso de falta de cumplimiento de las leyes cuya ejecución compete a las mismas.

En este sentido y aun cuando hemos mencionado que la intervención gerencial es una sanción administrativa que le impone la CNBV a las instituciones de crédito por la actualización de las hipótesis del artículo 138 de la LIC, en cuanto al incumplimiento de las disposiciones legales, la misma no es el tipo de sanciones que la propia ley señala en el artículo 108 (multas

administrativas), por lo que no tendrá las mismas defensas legales que otorga el artículo 110 de la LIC, esto es, el recurso de revocación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-

La actividad de intermediación bancaria en México la realizan principalmente instituciones de banca múltiple que tienen la naturaleza jurídica de ser sociedades anónimas de capital fijo. Esta actividad se ha organizado y estructurado por el ordenamiento jurídico vigente bajo un régimen específico y restrictivo de normas denominado formalmente Sistema Bancario Mexicano, entre las cuales, se encuentran y destacan las normas relativas a la regulación y supervisión bancaria.

SEGUNDA.-

El tratamiento legal al que están sujetos los atributos de la personalidad jurídica de la banca múltiple versan bajo un régimen específico y de excepción relativos al nombre, domicilio, duración, objeto social, patrimonio y administración de las propias instituciones, restringiéndose con ello, su quehacer habitual y profesional por normas de naturaleza pública, en pro del interés general y el desarrollo nacional del país.

TERCERA.-

El carácter restrictivo de las normas en la legislación bancaria deriva de la atribución *in genere* del Estado descrita en los artículos 25 y 26 de la CPEUM, al ejercer en materia económica la Rectoría del sistema financiero; atribución que tiene por objeto lograr que el desarrollo nacional sea integral y sustentable. En este sentido, existe una adecuada reglamentación en las condiciones de estructuración, regulación y supervisión de la actividad bancaria, al haber concordancia entre su restringido ejercicio y el respeto de las garantías consagradas en nuestra Carta Magna.

CUARTA.-

Corresponde al Ejecutivo Federal, a través de la SHCP y de la CNBV como órgano desconcentrado de aquella, la conducción responsable del Sistema Bancario Mexicano mediante las facultades de regulación y supervisión, con el objeto de procurar su sano y equilibrado desarrollo, la protección a los intereses del público, y el de preservar la liquidez, solvencia y estabilidad de las propias instituciones de banca múltiple.

QUINTA.-

La regulación del Sistema Bancario Mexicano tiene como premisa fundamental establecer las medidas necesarias para mantener el correcto funcionamiento de la banca múltiple, a efecto de que ésta incida en el fortalecimiento económico del país a través de una mejor y eficiente operatividad

financiera en el marco de un sistema financiero sólido y efectivo que logre la canalización del ahorro hacia el financiamiento.

SEXTA.-

La supervisión bancaria tiene como objeto la intervención del Estado en el quehacer de las instituciones de banca múltiple, a efecto de evitar el paso de actitudes y prácticas que lesionen la igualdad de derechos y obligaciones consagrados en la legislación bancaria para los sujetos participantes, como consecuencia de los defectos estructurales que provoca la información asimétrica sobre las variables económicas relevantes y los actos realizados en contravención a las disposiciones legales aplicables.

SÉPTIMA.-

En el periodo anterior a la crisis bancaria mexicana de 1994, el sistema financiero inició un proceso de modernización que permitió, a través de una serie de reformas en la legislación financiera dirigidas a des-regularizar al propio sistema bancario, una mayor participación de los intermediarios bancarios en el financiamiento del desarrollo nacional, y con ello, una mayor canalización de los recursos económicos por medio del sistema formal de intermediación que implicara seguridad jurídica a los participantes.

OCTAVA.-

Como consecuencia de las crisis financieras de los últimos años, tanto en México como en los mercados financieros internacionales, la tendencia del marco jurídico en la actualidad es hacia una re-desregulación de la actividad bancaria con miras a fortalecer los mecanismos de supervisión. En efecto, la crisis bancaria de 1994-1995 en nuestro país, que trajo como consecuencia la insolvencia de algunas instituciones de crédito, el peligro de un riesgo sistémico y la intervención bancaria en algunas instituciones, nos dejó como lección la importancia de contar con un sistema de supervisión y de regulación bancaria modernos y eficientes.

NOVENA.-

En el ordenamiento jurídico bancario existe una exacta distribución de competencias en torno a las facultades que tienen las autoridades para estructurar, regular y supervisar, tanto la operatividad como la legalidad de las instituciones de banca múltiple. De tal forma, le corresponde a la SHCP lo relativo a la regulación estructural del propio sistema bancario, al BANXICO la regulación operativa, y a la CNBV la supervisión de la banca múltiple.

DÉCIMA.-

La supervisión bancaria se realiza a través de los relacionados procedimientos administrativos de inspección y vigilancia, es decir, mediante el análisis de la información *in situ*, o de la práctica de

revisiones *extra sito*, respectivamente. En este sentido, se evalúan por parte de las autoridades competentes los riesgos patrimoniales, operativos y administrativos, en razón de la liquidez, solvencia y estabilidad de las propias instituciones de banca múltiple y del sistema bancario en general.

DÉCIMA PRIMERA.-

Con el objeto de reducir en un grado razonable las contingencias que puedan provocar las crisis bancarias, se deberán fortalecer en dos vertientes los mecanismos de supervisión: (i) a través de una mayor y eficaz inspección y vigilancia a la banca múltiple; y (ii) mediante la expedición de leyes, reglamentos y normas jurídicas que correspondan a las necesidades actuales del país.

DÉCIMA SEGUNDA.-

La intervención bancaria es una de las medidas derivada de la facultad supervisoras (inspección y vigilancia) prevista en nuestra legislación, y que lleva a cabo la autoridad administrativa competente, para prevenir, corregir, eliminar o sancionar, los eventuales riesgos de quiebra, insolvencia, inestabilidad o problemas de liquidez de las propias instituciones de banca múltiple, a través de la restricción o la prohibición de aquellas operaciones o actos irregulares que susciten tales riesgos. En este sentido, salvaguarda los intereses del público en general, garantiza la confianza en el propio sistema bancario y evita las consecuencias negativas que conllevan el trastorno del sistema financiero.

DÉCIMA TERCERA.-

La intervención bancaria, denominada formalmente por nuestro ordenamiento jurídico como intervención administrativa, es un procedimiento administrativo discrecional que lleva a cabo la CNBV a través del control administrativo u operativo de la propia institución por un interventor.

DÉCIMA CUARTA.-

De acuerdo a los artículos 137 y 138 de la LIC vigente, existen en México dos tipos de intervenciones a las instituciones de banca múltiple a saber, la intervención administrativa (*stricto sensu*), y la intervención con carácter de gerencia, mismas que se diferencian con base en la gravedad de las violaciones a la ley y al peligro de riesgo de insolvencia de la propia institución detectados por la autoridad competente en sus funciones de supervisión bancaria.

DÉCIMA QUINTA.-

La intervención administrativa tiene como finalidad corregir y normalizar las operaciones realizadas en contravención a las disposiciones aplicables por las propias instituciones y encontradas en los procedimientos de inspección o vigilancia, sin que al efecto, se acoten en las normas donde se

reglamenta las facultades del interventor; confundíéndose este procedimiento con la inspección mas no con la intervención.

DÉCIMA SEXTA.-

La intervención gerencial, a través del desplazamiento de los órganos sociales de la sociedad por un interventor-gerente que goza de amplias facultades ejecutivas, tiene como finalidad evitar la insolvencia de la institución, la inestabilidad del sistema en general, y la protección de los intereses de los acreedores y el público en general provocados por irregularidades de cualquier género.

DÉCIMA SÉPTIMA.-

El acto administrativo que declara la intervención gerencial tiene como nota característica un exceso en el ejercicio de la facultad discrecional prevista en la ley y a favor de la CNBV, toda vez que del análisis de los supuestos normativos que le dan origen y su deficiente reglamentación, se desprende que se deja al libre arbitrio de la autoridad calificar las causas de la intervención, sin establecerse límites objetivos para su procedencia. Las hipótesis de procedencia son sumamente genéricas e imprecisas, violentando con ello la garantía de seguridad jurídica (*lato sensu*), consagrada en nuestra Constitución Política.

DÉCIMA OCTAVA.-

La consabida frase de que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad es correcta, puesto que ésta es la expresión de la libertad sin límite de los sujetos que la ejercen, o de la que quienes invocando ser titulares de un órgano estatal expresan su voluntad personal de forma caprichosa. Por el contrario, la discrecionalidad administrativa es una forma del actuar jurídico de la Administración Pública y, por lo tanto, deberá juzgársela jurídicamente e investigársela como actividad jurídica. En este sentido, la facultad discrecional de la autoridad administrativa debe nutrirse de la juridicidad, legalidad y elementos objetivos para cualquier clase de acto, de tal forma que la actividad discrecional de la CNBV al momento de ordenar la intervención gerencial debe establecer el fundamento y los motivos que mueven su función administrativa-sancionadora.

DÉCIMA NOVENA.-

En la intervención gerencial, al tener el interventor-gerente el control operativo y administrativo (gerencial) de la sociedad, así como también el disponer de los bienes de la misma, tiene como efecto una privación parcial y temporal en el ejercicio de los derechos de la propia sociedad y de los accionistas que la conforman, sin que se les respete su garantía de audiencia, ya que no existe norma legal expresa que les conceda el derecho de manifestar su correspondiente oposición, e incluso, las resoluciones de los tribunales les niegan el otorgamiento de la suspensión del acto intervencionista por razones de interés público.

VIGÉSIMA.-

La intervención con carácter de gerencia significa una restricción temporal en el ejercicio colectivo de los derechos pecuniarios y corporativos de los accionistas que integran a la institución de banca múltiple objeto de intervención, toda vez que los actos y decisiones del órgano supremo de la misma quedan supeditados, por mandato de ley, a las facultades del interventor-gerente.

VIGÉSIMA PRIMERA.-

La legislación bancaria vigente no delimita las atribuciones y facultades del interventor-gerente frente a la institución intervenida, ni reglamenta correctamente sus restricciones ni prohibiciones, y menos, señalar su naturaleza jurídica. En este sentido, al desplazarse el Consejo de Administración de la institución y concentrarse en una sola persona el cúmulo de facultades ejecutivas, el interventor-gerente se constituye en un órgano social extraordinario de la sociedad, violentando al efecto, el espíritu de colegialidad en que se inspira la legislación bancaria y sugiere la sana práctica societaria.

VIGÉSIMA SEGUNDA.-

A pesar de las reformas del 2001, en la legislación bancaria existen imprecisiones en cuanto a señalar los requisitos para ejercer el cargo de interventor-gerente, ya que no se establece con claridad si éste es o no un funcionario o servidor de la CNBV, o bien, si se trata de una persona independiente elegido a discrecionalidad por la propia Comisión, y por lo tanto, desentrañar el régimen de responsabilidad del propio interventor-gerente, de tal forma que, mediante una interpretación lógico-sistemática de la Ley, se deberá considerar al interventor-gerente como un funcionario de la propia CNBV y aplicar lo dispuesto en el régimen de responsabilidad para los servidores público.

VIGÉSIMA TERCERA.-

La solvencia del sistema bancario y la estabilidad económica de las instituciones de banca múltiple son condiciones necesarias mas no suficientes para tornar confiable al sistema bancario. La consolidación de un entorno jurídico adecuado, y que tenga como eje los principios constitucionales de seguridad jurídica, son indispensables para propiciar una sana y eficiente intermediación por parte de la banca múltiple. En este sentido, la adecuación de las normas regulatorias de la intervención administrativa (*lato sensu*) a un régimen de constitucionalidad representa un elemento imprescindible en este proceso.

VIGÉSIMA CUARTA.-

La discrecionalidad, al ordenarse la intervención gerencial por irregularidades de cualquier género que afecten la estabilidad o solvencia de la institución y pongan en peligro los intereses del público o acreedores, supone una habilitación normativa que se configura por la atribución de una potestad

consagrada dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, su ejercicio deberá quedar dentro de ciertos límites y siempre subordinada a las normas reguladoras de los actos administrativos. En este sentido, la amplia generalidad e imprecisión con la que se habilita el supuesto intervencionista, permite la arbitrariedad de la autoridad al ordenarse la intervención, toda vez que se faculta su ejercicio por aquellas prácticas regulares de la propia institución dentro de un entorno económico adverso, que puedan provocar la afectación de los intereses del público o acreedores.

Por lo tanto, la facultad intervencionista de la autoridad, concedida en el tan cuestionado artículo 138 de la LIC, debe analizarse en el ámbito del ordenamiento jurídico y no únicamente en los antecedentes y hechos económicos en que se sustenta la opción ejercida que la justifica, sino además, en la razonabilidad y legitimidad del acto.

De allí la dificultad de cuestionar en abstracto la constitucionalidad de la norma intervencionista, o de algún aspecto de la misma, pues todo planteo teórico no tiene presente justamente la situación concreta en que se ejerce la facultad discrecional.

Por otro lado, pese a que el precepto que reglamenta a la intervención gerencial podría declararse inconstitucional, el mecanismo intervencionista en su conjunto debe mantenerse. Sólo así el sistema bancario se afianzará, con la consecuente salvaguarda del interés general que ello trae aparejado. Sólo así los inversores extranjeros y nacionales percibirán estabilidad para poner sus capitales en un sistema que, aunque con fallas, tiene atisbos de seguridad.

VIGÉSIMA QUINTA.-

Por lo discutible de la norma en comento, consideramos que es preciso revisarla, en pro de un afianzamiento profundo del sistema bancario; en pro de dotarle una firme estabilidad a cada una de las instituciones de banca múltiple; y sobre todo, en pro de la seguridad que brinda el orden constitucional.

VIGÉSIMA SEXTA.-

Sin siquiera haber pretendido agotar el tema de la intervención bancaria, pues la riqueza temática es inagotable y de donde podrían desprenderse o derivar muchos otros aspectos, he intentado clarificar lo relativo a la cuestión introduciendo algunos argumentos que a nuestro juicio son contundentes y rebatiendo otros que procuran avalar la tesis contraria: la intervención bancaria goza de constitucionalidad y legalidad.

Únicamente podremos presenciar un desarrollo -individual y colectivo- a través de un estado de derecho donde prealezcan la seguridad y la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO FINANCIERO, A.C. *Memoria del Seminario "El régimen jurídico del crédito mercantil"*. AMDF y UNAM, México, 1998.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL. *Nuevo Derecho Bancario*. Octava edición. Editorial Porrúa, México, 2001.

-----, *Teoría General del Derecho Administrativo*. Décimo cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1999.

AROCHA MORTON, CARLOS Y ROJAS ROLDÁN, ABELARDO. *Leyes bancarias. Tematizadas y comentadas*. Editorial Trillas, México, 1988.

ATHIÉ GUTIÉRREZ, AMADO. *Derecho Mercantil*. Segunda edición. McGraw-Hill Editores, México, 2002.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Las crisis bancarias en América Latina*. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

BARRERA GRAF, JORGE. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 2002.

BORJA MARTÍNEZ, FRANCISCO. *Derecho Monetario*. McGraw-Hill y UNAM, México, 1997.

-----, *El Banco de México*. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

-----, *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

BURGOA, IGNACIO. *Las Garantías Individuales*. Trigésimo cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 2001.

CARVALLO YÁÑEZ, ERICK. *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. Teoría y práctica jurídica de las Agrupaciones Financieras, las Instituciones de Crédito y las Casas de Bolsa*. Quinta edición. Editorial Porrúa, México, 2000.

CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Titulos y Operaciones de Crédito*. Décimo cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1999.

COOTER, ROBERT Y ULEN, THOMAS. *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

DÁVALOS MEJÍA, CARLOS FELIPE. *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*. Tercera edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, México, 2001, Tomo II.

----- *Titulos de Crédito*. Segunda edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, México, 1992, Tomo I.

DE KOCK, M. H. *Banca Central*. Fondo de Cultura Económica, México, 1941.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, JESÚS. *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito Exposición de Motivos, Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM*. Editorial Porrúa, México, 2000, Tomos I y II.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, JESÚS (compilador). *Comisión Nacional Bancaria*. Fondo de Cultura Económica y Nafinsa, México, 1993.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, JESÚS. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros*. Tercera edición. Editorial Porrúa, México, 2000, Tomos I y II.

DE PINA, RAFAEL Y DE PINA VARA, RAFAEL. *Diccionario de Derecho*. Vigésimo novena edición. Editorial Porrúa, México, 2000.

DE PINA VARA, RAFAEL. *Derecho Mercantil Mexicano*. Vigésimo octava edición. Editorial Porrúa, México, 2002.

FISCHER, STANLEY Y DORNBUSCH, RUDIGER. *Economía Segunda Edición*. McGraw-Hill Editores, México, 1990.

FRAGA, GABINO. *Derecho Administrativo*. Trigésimo octava edición, revisada y actualizada por Manuel Fraga. Editorial Porrúa, México, 1998.

FREIXAS, XAVIER Y ROCHET, JEAN-CHARLES. *Economía Bancaria*. Antoni Bosch editor y Banco Bilbao Vizcaya, Madrid, 1997.

FRISCH PHILIPP, WALTER. *Sociedad Anónima Mexicana*. Cuarta edición. Oxford University Press Harla, México, 1996.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*. Trigésimo octava edición. Editorial Porrúa, México, 1986.

GERSCOVICH, CARLOS. *Legislación de la Ley de Emergencia. Decretos, Resoluciones Ministeriales y Comunicaciones del BCRA anotados y concordados*. Ediciones Depalma Buenos Aires, Buenos Aires, 2002.

GRECO, PAOLO. *Curso de Derecho Bancario*. Editorial Jus, México, 1945.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1993.

HEGEWISCH DÍAZ INFANTE, FERNANDO. *Derecho Financiero Mexicano. Instituciones del Sistema Financiero Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1997.

HERREJÓN SILVA, HERMILO. *El servicio de la banca y crédito*. Editorial Porrúa, México, 1998.

INSTITUTO MEXICANO DE CONTADORES PÚBLICOS, A.C. *Normas y procedimientos de auditoría*. Décimo novena edición. IMCP, México, 1999.

JUNYENT BAS, FRANCISCO Y MOLINA SANDOVAL, CARLOS. *Crisis e insolvencia de Entidades Financieras*. Rubínzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

LORENZO, HÉCTOR HUGO. *Funciones del Estado a través del Banco Central*. Edición del autor, Buenos Aires, 2001.

MANTILLA MOLINA, ROBERTO. *Derecho Mercantil*. Vigésimo novena edición. Editorial Porrúa, México, 1993.

MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL. *Delitos Bancarios*. Cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1998.

MENDOZA MARTELL, PABLO Y PRECIADO BRISEÑO, EDUARDO. *Lecciones de Derecho Bancario*. Textos Jurídicos Bancomer, México, 1997.

MORALES CASAS, FRANCISCO. *Fundamentos de la actividad y los negocios bancarios. Análisis institucional, legal y operativo*. Ediciones Jurídica Radar, Bogotá, 1991.

MOLLE, GIACOMO. *Manual de Derecho Bancario*. Segunda edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

MUÑOZ, LUIS. *Derecho Bancario Mexicano*. Cárdenas Editor, México, 1974.

PETIT, EUGENE. *Derecho Romano*. Octava edición. Editorial Porrúa, México, 1991.

PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Segunda edición, Textos universitarios, UNAM, 1984.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Glosario de Términos Administrativos*. Coordinación General de Estudios Administrativos, s/editorial, México, 1982.

PRIETO, ALEJANDRO. *Principios de Contabilidad*. Vigésimo segunda edición. Editorial Banca y Crédito, México, 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo primera edición. Espasa Calpe, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ, ALFREDO Y CAPECE, NORBERTO. *El sistema financiero argentino*. Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2001.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN. *Derecho Bancario*. Octava edición revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez Del Castillo. Editorial Porrúa, México, 1997.

..... *Derecho Mercantil*. Vigésimo cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1999. Tomos I y II.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano*. Tercera edición. Editorial Porrúa, México, 1980, Tomo I.

_____. *Derecho Civil Mexicano*. Quinta edición. Editorial Porrúa, México, 1985, Tomo V, Volumen II.

ROSE-ACKERMAN, SUSAN. *La corrupción y los gobierno. Causas, consecuencias y reforma*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2001.

RUIZ TORRES, HUMBERTO. *Elementos de Derecho Bancario*. McGraw-Hill, México, 1997.

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. *Legislación Bancaria*. México, 1957, Tomos I-IV.

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

SOLIS, LEOPOLDO. *Crisis Económico-Financiera 1994-1995*. El Colegio Nacional y Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

SOTO SOBREYRA Y SILVA, IGNACIO. *Ley de Instituciones de Crédito. Antecedentes y comentarios*. Séptima edición. Editorial Porrúa, México, 1997.

TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER. *Derecho del Mercado de Valores*. J.M. Bosch editor, Barcelona, 2000.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Autonomía del Banco de México y perspectivas de la Intermediación Financiera*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, México, 1994.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Décimo cuarta edición. Editorial Porrúa, UNAM, México, 2000. Tomos I-IV.

HEMEROGRAFÍA

BARRERA GRAF, JORGE. Observaciones y comentarios breves sobre la nueva Ley de Instituciones de Crédito (segunda parte), en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Año 1, Num. 3, septiembre-diciembre, México, 1990.

BORJA MARTÍNEZ, FRANCISCO. Consideraciones sobre la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, McGraw-Hill, Año 6, Num. 17, mayo-agosto, México, 1995.

HAMDAN AMAD, FAUZI. Algunas consideraciones en torno a la constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que dictan los órganos de la administración pública federal y sus diferencias con los reglamentos propiamente dichos, en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Año 1, Num. 2, mayo-agosto, México, 1990.

HERNÁNDEZ TRILLO, FAUSTO Y LÓPEZ ESCARPULLO, OMAR. La banca en México, 1994-2000, en *Economía Mexicana*, Nueva Época, CIDE Vol. X, Núm. 2, segundo semestre de 2001, México, 2001.

LEÓN LEÓN, RODOLFO. La integración del capital social de las sociedades controladoras de grupos financieros, de las instituciones de crédito y de las casas de bolsa, en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, McGraw-Hill, Año 6, Num. 17, mayo-agosto, México, 1995.

MILLÁN VALENZUELA, HENIO. Las causas de la crisis financiera en México, en *Economía Sociedad y Territorio*, El Colegio Mexiquense, A.C., Vol. II, Núm. 5, enero-junio, México, 1999.

MINUSHKIN, SUSAN Y PARKER, CHARLES. Relaciones entre la banca y el gobierno: la nueva estructura financiera en México, en *Política y gobierno*. Vol. IX, Núm. 1, Primer semestre de 2002, CIDE, México.

ROLDÁN XOPA, JOSÉ. Inconstitucionalidades en la Ley de Instituciones de Crédito, en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Año 2, Num. 4, enero-abril, México, 1991.

PONCE CUMPLIDO, JAIME. La desconcentración administrativa. Estudio Teórico-práctico, en *Revista de Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Num. 67, julio-diciembre, México, 1987.

INTERNET

[http:// www.bis.org](http://www.bis.org)

[http:// www.fsa.gov.uk](http://www.fsa.gov.uk)

[http:// www.bankofengland.co.uk](http://www.bankofengland.co.uk)

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917.

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de julio de 1931.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932.

Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.

Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2002.

Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.

Reglas para los requerimientos de capitalización de las instituciones de banca múltiple, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 22 de septiembre de 1999.

Reglas sobre la diversificación de riesgos en las operaciones activas, a que se refiere el artículo 51, fracción II de la Ley de Instituciones de Crédito, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de diciembre de 1999.

Reglas generales para la integración de expedientes que contengan la información que acredite el cumplimiento de los requisitos que deben satisfacer las personas que desempeñen empleos, cargos o comisiones en entidades financieras, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 1 de marzo de 2002.

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.

Ley del Banco de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1993.

Reglamento Interior del Banco de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1994.

Circular Num. 2019/95 del Banco de México en vigor a partir del 21 de septiembre de 1995.

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1995.

Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1993.

Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria en Materia de Inspección, Vigilancia y Contabilidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de noviembre de 1988.

Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999.

Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del 2000.

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de octubre de 1889.

Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928.

Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1942.