

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN BANCARIA

Por Gustavo R. VELASCO

Profesor de la Escuela Libre
de Derecho de México

El artículo 2º de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, reformado por Ley de 29 de diciembre de 1962, exige “concesión del Gobierno Federal” para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito. También las leyes bancarias anteriores, de 1897, 1924, 1926 y 1931, así como el texto primitivo de la Ley de 1941, emplearon la palabra concesión para designar al acto administrativo por el cual se permite el ejercicio habitual de operaciones bancarias.¹ En contraste, la Ley de 11 de febrero de 1946 no solamente sustituyó el término “autorización” en todos los artículos de la Ley de 1941 en que aparecía el vocablo “concesión”, sino que declaró en su Exposición de Motivos que esta denominación “es no sólo impropia, sino que se presta a confusiones lamentables de las “autorizaciones” de policía con las “concesiones” de servicio público o de explotación de riquezas de dominio de la Nación”, a la vez que contrapuso las verda-

¹ Nuestro primer Código de Comercio, de 1854, no se refirió a los bancos. El segundo, de 1884, les dedicó el Título Decimotercero, en que el artículo 954 dispuso que no podrían establecerse sino con autorización de la Secretaría de Hacienda y llenando los requisitos y condiciones establecidos en el Código. El tercer ordenamiento mercantil de 15 de septiembre de 1889, vigente hasta la fecha salvo en lo derogado por disposiciones posteriores, se limitó a establecer que las instituciones de crédito se regirían por una ley especial y que mientras se expedía, ninguna podría establecerse sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y sin el contrato respectivo, aprobado, en cada caso, por el Congreso de la Unión.

La palabra concesión se usó antes de los códigos de comercio y posteriormente a éstos, para designar los actos a virtud de los cuales se establecieron entre nosotros los primeros bancos (a excepción del London Bank of London and South America y el Nacional Monte de Piedad), como el Banco Nacional Mexicano, el Banco Mercantil Mexicano, el Banco de Empleados después llamado Banco Comercial cuya concesión adquirió más tarde el London Bank, y diversos bancos en los Estados.

Probablemente fue de esa práctica que tomó la palabra la primera Ley General de Instituciones de Crédito, de 19 de marzo de 1897. Sin embargo, en abierta contradicción con el sentido propio del término concesión, en ella se dispuso que “las concesiones no tendrán otro carácter que el de una mera autorización para establecer y explotar la institución de crédito de que se trate, con sujeción a las leyes que rijan sobre la materia”. En la extensa “Exposición de Motivos” del ministro José I. Limantour no se explica la razón del empleo de la palabra concesión, diversa de la que usaron los

deras "concesiones" con las "autorizaciones" de policía como las que se dan a las instituciones de crédito o de seguros y de fianzas".²

Los antecedentes legislativos que menciono obligan a resolver si el acto administrativo previsto por el artículo 2º del ordenamiento bancario en vigor es una concesión o una autorización.

1. Empecemos por observar que ambas voces se usan en el lenguaje ordinario en sentidos más amplios que el que les asigna el Derecho Administrativo. Aun en éste ha prevalecido impresión y ha sido hasta épocas recientes cuando la doctrina, especialmente la italiana, ha fijado el significado técnico de ambas voces, al elaborar la clasificación de los actos administrativos y distinguir conceptualmente la concesión de la autorización.

2. Se puede afirmar que la labor a que aludo está concluida y que desde hace tiempo se ha llegado a una solución pacífica, salvo diferencias secundarias o de matiz. Tanto los tratados que gozan de mayor prestigio (Zanobini),³ como los cursos más recientes (Gasparri)⁴ y las obras elementales (de Valles)⁵ coinciden en mencionar entre los negocios de Derecho Público (que se caracterizan por contener declaraciones de voluntad y se distinguen de los actos administrativos en sentido estricto, que se reducen a simples declaraciones de conocimiento o de juicio) una primera categoría cuyo rasgo común consiste en ampliar la esfera jurídica de los particulares y dentro de la cual incluyen la admisión, la concesión, la autorización y la dispensa o renuncia de la administración.

Concretándonos a la autorización y concesión, tenemos que por la primera, se elimina la prohibición de ejecutar un acto, o actos de un tipo determinado,⁶ en tanto que lo segunda confiere a una, o más personas, nuevas capacidades o nuevos poderes o derechos, entre ellos (en el caso de ejercicio de funciones o servicios públicos) de derechos

Códigos de Comercio, y en cambio se expresa que "la autorización para establecer un banco tiene que hacerse bajo condiciones determinadas, condiciones que se refieren a la naturaleza del establecimiento, a la organización de la sociedad anónima respectiva, a las franquicias y a la duración de las concesiones, elementos todos que forman parte integrante del pacto social, y que una ley nueva no puede variar sin atacar en sus bases fundamentales la existencia misma de la sociedad que explota la concesión". Es posible que también hayan influido para elegir el término concesión las circunstancias de que en aquel entonces los bancos de depósito podían emitir billetes y de que se confirieron a las instituciones de crédito diversas franquicias fiscales.

² El texto del Decreto de 1946 fue más enérgico que la "Exposición de Motivos", pues ordenó corregir los artículos de la Ley General de Instituciones de Crédito en que se empleaban las palabras "concesión" y "caducidad", es decir, reconoció que estos términos no eran correctos, y dispuso que se sustituyeran por "autorización" y "renovación" respectivamente.

³ *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1945, vol. 10., pp. 240 y ss.

⁴ *Corso de Diritto Amministrativo*, Padova, Cedam, 1955, vol. 2, pp. 143 y ss.

⁵ *Elementi di Diritto Amministrativo*, Padova, Cedam, 1956, pp. 201 y ss.

⁶ Compárese el reciente y completo tratamiento del tema por GASPARRI en la *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1959, voz Autorizzazione (dir. amm).

propios de la administración pública concedente.⁷ La amplitud de los conceptos que reproduzco determina que tanto uno como otro tipo de actos comprendan una pluralidad de especies. Así y limitándonos a la concesión, encontramos que esta variedad de negocio incluye:

a) aquellos actos de autoridad que confieren un *status*, esto es, que originan una capacidad jurídica general; b) aquellos que atribuyen al interesado un determinado derecho subjetivo; c) los que atribuyen derechos específicos de uso de bienes sustraídos a la propiedad privada; d) aquellos que atribuyen al particular el ejercicio de un servicio o de una empresa públicos (Vitta y Casetta en el *Novissimo Digesto Italiano*).⁸

Debe observarse que varios de los actos concesión, aunque administrativos en sí mismos, producen efectos en el campo del Derecho Político (como la naturalización) o en el del Derecho Privado (como el otorgamiento de una patente o el llamado registro de una marca). Sin embargo, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, las dos clases principales, de concesión en el Derecho Administrativo, están constituidas por los actos que facultan a los particulares para explotar y aprovechar bienes del dominio directo y de propiedad de la Nación y los actos que facultan para el establecimiento y explotación de un servicio público (Fraga).⁹ En los apuntes que elaboré cuando fui profesor de Teoría General de Derecho Administrativo, si se me perdona la inmodestia de citarme, yo les llamaba "concesión sobre bienes públicos" y "concesión de servicios públicos".¹⁰

3. Es notorio que la llamada concesión bancaria no trasmite el derecho de aprovechar bienes públicos. La única otra posibilidad que existe, si ha de considerarse como una concesión verdadera, estriba en que permita organizar y explotar un servicio público. Examinemos, pues, si la actividad bancaria, tal y como se desarrolla en nuestras leyes, constituye un servicio público. Si esto es así, el acto jurídico indispensable para emprenderla lícitamente, merecerá el nombre de concesión. En caso contrario, la conclusión tendrá que ser que se trata de una mera autorización, por cuanto hace posible desarrollar una actividad privada, o más concretamente, remueve el obstáculo jurídico que para ello establece la ley.

Antes de proceder a este trabajo, me interesa dejar sentado que no significa el abandono del planteamiento derivado de la distinción conceptual entre la autorización y la concesión que se expone en los

⁷ SILVESTRI, *Enciclopedia del Diritto*, 1961, voz *Concessione amministrativa*.

⁸ Unione Tipografico-Editrice Torino, 1959, vol. III, voz *Concessioni (Diritto Amministrativo)*.

⁹ *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1944, p. 533.

¹⁰ Edición inédita de los cursos profesados en la Escuela Libre de Derecho de 1932 a 1935.

párrafos precedentes. Por el contrario, volveré a ella después del recorrido que me propongo hacer de los caracteres del servicio público. En seguida examinaré si tales caracteres se encuentran en la actividad bancaria.

4. a) La primera nota característica que hallamos en los servicios públicos consiste en la *continuidad* de la satisfacción del interés social al que provee el servicio. Dicho cumplimiento no ha de interrumpirse ni un solo momento (salvo naturalmente los casos fortuitos o de fuerza mayor). Con esta idea está ligada la de la *regularidad* de la prestación, o sea la exigencia adicional de que el funcionamiento del servicio sea satisfactorio, por lo menos en el sentido de apearse a las reglas aplicables.¹¹

b) En segundo término, a la organización y realización del servicio ha de presidir un criterio de *uniformidad*. Quiere esto decir que el servicio debe estar presto a atender a todos los usuarios que lo soliciten (y naturalmente que satisfagan las condiciones reglamentarias). Más aún, la prestación debe tener lugar en *igualdad* de condiciones (otra vez sin perjuicio de las clasificaciones generales que se establezcan). No hay, pues, la posibilidad de discutir casos individuales y de convenir en los necesarios ajustes, lo que explica que los que pretendan usar el servicio, tengan derecho a ello con sólo llenar las condiciones prefijadas y pagar las tasas o derechos que fijen las tarifas, así como los contratos que se celebren entre dichos usuarios y la administración o el concesionario, sean contratos de adhesión.

c) Consecuencia directa de las desiderátumes anteriores es la facultad que se reconoce a la administración pública de *regular la organización y el funcionamiento* de los servicios públicos. Y como las necesidades a cuya satisfacción tienden son cambiantes, así como la estimación que de esa satisfacción adecuada se forman los gobernantes, también se acepta generalmente que deben gozar de la posibilidad de *modificar en todo momento* tanto la estructura de los servicios, cuanto las condiciones en que se realiza su prestación.

d) Complemento de las características que he expuesto son también *las amplias facultades inspectoras* que se reserva la administración en el caso de la gestión por concesión, tanto para cerciorarse de que se observan por el concesionario y en general de que el servicio cumple sus fines, cuanto para atender todas las reclamaciones y quejas de los usuarios

¹¹ La exposición que hago de los caracteres del servicio público constituye una condensación de las enseñanzas de diversos autores, principalmente de GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, Madrid, EISA, 1955, t. I, título segundo, capítulos II y III; JEZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, París, Marcel Giard, 1930, t. II; LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, LGDJ, 1963, t. I, pp. 517 y ss.; y DE VALLES, *I servizi pubblici en el Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1930, vol. 6, primera parte.

e) Para resumir las características del servicio público muchos autores hablan de que importa *la creación de un régimen jurídico especial*. Dentro de este régimen destacan la posibilidad de poner en juego potestades públicas o de acudir a ellas, tales como la expropiación por causa de utilidad pública a fin de obtener los inmuebles y otros elementos materiales que puede requerir el concesionario, el uso gratuito de bienes de propiedad pública, limitaciones a la propiedad privada en interés del servicio, la libre importación de artículos indispensables no obtenibles en el país, el otorgamiento de otras franquicias, el empleo de medios privilegiados cuando los usuarios no enteren sus contraprestaciones o incumplan en otras formas las condiciones de prestación del servicio, el ejercicio de ciertos poderes de policía a fin de asegurar la seguridad, comodidad y máximo provecho del servicio, etcétera.

f) Para el concesionario el objetivo de la explotación del servicio consiste en la obtención de un beneficio económico. Pero su libertad en este campo está estrictamente limitada por *las tarifas que sólo la administración puede aprobar y que fijan las tasas o derechos que le será lícito cobrar a los usuarios*.

g) En la actualidad la mayoría de los autores de Derecho Administrativo ven en la concesión un acto de carácter mixto, que crea por un lado una situación legal y reglamentaria y por otro una relación contractual entre concedente y concesionario. La parte contractual se refiere al arreglo económico que deriva de la concesión y consiste concretamente, en algunas legislaciones, en el derecho a que se mantenga el equilibrio económico entre ingresos y egresos establecido por la concesión; en tanto que otras acuden a la idea de que el concesionario tiene derecho a percibir una utilidad razonable sobre sus inversiones. Por una parte, la administración goza del poder de modificar las condiciones de prestación, por ejemplo, imponiendo un servicio más moderno o más frecuente o reduciendo las tarifas; por otro, está obligada a compensar al concesionario los mayores costos que ello le origine. Por eso Jèze, por ejemplo, llega a la conclusión de que una concesión entraña *una ecuación financiera* que la equidad exige que se mantenga a través de la duración del contrato, haciendo variar los elementos favorables al concesionario cuando por otra parte se introduzcan modificaciones desventajosas para él, en tanto que ciertos ordenamientos, como ya dije, acuden a la pauta de asegurar al concesionario *un rendimiento razonable*, aunque esto conduce de inmediato a los problemas de ponerse de acuerdo sobre el monto de éste, de valuar las inversiones, de distinguir éstas de los gastos de mantenimiento y operación y a muchas otras cuestiones semejantes.¹²

¹² *Obra citada*, especialmente t. III, 1926, pp. 367 a 372.

h) Si del servicio público mismo pasamos al acto en virtud del cual se encomienda su gestión a un particular, encontramos que aunque a veces de larga duración, las concesiones son siempre *temporales*, en tanto que las autorizaciones son en principio de duración indefinida, si bien existen ejemplos de algunas que se expiden por cierto tiempo. También como regla general, las concesiones son *transmisibles*, aunque se fijan condiciones para el traspaso o se exija el consentimiento de la administración, en tanto que con las autorizaciones encontramos la situación inversa, esto es, que la mayoría son *intransmisibles*.

i) Dos instituciones típicas de la concesión de servicio público son el *rescate* y la *reversión*. Por el primero, la administración está facultada para dar por terminada la concesión y para asumir la gestión directa del servicio, *indemnizando al concesionario según los resultados económicos de la explotación y el tiempo que falte para la expiración de la concesión*. Mediante la reversión las obras, instalaciones y demás bienes afectos al servicio pasan a ser propiedad de la administración al término de la concesión.

5. El estudio de la Ley General de Instituciones de Crédito nos permite afirmar que la actividad que desarrollan estos organismos no reúne los caracteres de los servicios públicos. En efecto:

a) Sus labores se interrumpen en los días que autoriza el reglamento que anualmente aprueba la Comisión Nacional Bancaria y, por supuesto, fuera de las horas de oficina. Además de no ser continua, tampoco puede exigirse que su actividad sea regular, en el sentido que ya precisé de satisfacer un mínimo de requisitos en cuanto a cantidad y calidad.

b) No hay obligatoriedad tratándose de la celebración de las operaciones bancarias, ni activas ni pasivas, ni para extender las demás facilidades que ofrecen las instituciones. Tampoco existen normas que impongan el que se trate en forma igual a todas las personas, salvo en el caso de los depósitos en cuenta de cheques, en que las condiciones generales establecidas por la institución se entenderán aplicables a todos los depósitos de esa clase; y de los depósitos en cuentas de ahorros, que también se sujeten a reglamentos de condiciones generales, que formulen las instituciones y apruebe la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (artículos 102 y 23 de la Ley).

c) La organización original de cada servicio público concesionado y las condiciones en que deberá funcionar se establecen por la autoridad administrativa en la concesión. Con posterioridad, como ya dije, la misma autoridad puede imponer unilateralmente, en todo tiempo, las modificaciones que estime convenientes y, por vía de consecuencia, *modificar la ordenación del servicio*.

Ni una ni otra facultad encontramos en la actividad bancaria. La

Ley de la materia se limita a exigir que las instituciones de crédito se organicen como sociedades anónimas, con arreglo a la Ley de Sociedades Mercantiles y a las reglas que agrega su artículo 8º

En cuanto al funcionamiento, la Ley de referencia distingue las diversas clases de instituciones y delimita sus campos de acción, positivamente al mencionar las operaciones que pueden efectuar y negativamente al estatuir ciertas prohibiciones, a la vez que da reglas para algunas operaciones, que complementan o modifican las contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código de Comercio y el Código Civil. Con la salvedad de la prohibición de retroactividad que establece la Constitución que nos rige, con carácter de garantía individual, materia en la que no penetraré por razones obvias, el legislador puede variar las disposiciones sobre operaciones bancarias; pero obsérvese en primer lugar que ello no puede hacerlo la autoridad administrativa, y en segundo, que debido a la misma naturaleza de la ley como norma general e impersonal, tampoco es posible que se cambien las condiciones de funcionamiento de una empresa bancaria en particular.

Únicamente tratándose de la contabilidad prescriben los artículos 94, 95 y 96 de la Ley Bancaria, que se regirá por lo que disponga el Reglamento que expida la Comisión Nacional Bancaria, que determinará los libros o documentos que deben ser conservados, y que los balances se publicarán según modelos establecidos por la repetida Comisión.

d) Las instituciones de crédito están sujetas a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria, pero éstas no tienen por objeto exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el concesionario de un servicio público, como las que he mencionado de prestar el servicio a todo el que lo solicite y en condiciones uniformes, ni de hacerlo funcionar en forma regular y continua. Su finalidad es comprobar que las instituciones únicamente efectúan las operaciones que respectivamente corresponden a su naturaleza, que éstas se celebran dentro de los límites y en las condiciones que marca la ley, que existen los fondos, bienes y títulos que debe haber, y que éstos se depositen o inviertan con sujeción a las diversas reglas aplicables. Así lo demuestran las disposiciones contenidas en los capítulos dedicados a la organización y funciones de la Comisión, especialmente en los artículos 164 y 165.

e) En la actividad bancaria no encontramos ninguna de las notas que integran el régimen jurídico especial de los servicios públicos y que enumeré en el lugar oportuno. Efectivamente, no es posible expropiar propiedades privadas a fin de proveerlas de los bienes que ocuparán o utilizarán, ni gozar de la facultad de aprovechar los del dominio público, ni pueden establecerse limitaciones a la propiedad en su

beneficio, ni tienen derecho a importar libremente los artículos que necesitan o a otras franquicias, ni pueden ejercer poderes de policía para obtener el mejor funcionamiento de sus servicios. En cuanto a las disposiciones que a primera vista parecen representar excepciones o procedimientos privilegiados en su favor, un segundo examen convence de que no hay tal especialidad o bien de que no se trata de normas de Derecho Público, exorbitantes del Derecho común. Así la posibilidad de hacer vender por medio de corredor o de dos comerciantes o en remate al martillo, las garantías constituidas en los casos de anticipo sobre títulos o valores de prenda, de créditos de habilitación o avío, de créditos refaccionarios y de créditos hipotecarios, a que se refieren los artículos 111, 140 y 141 de la Ley de Instituciones de Crédito, también existe en general y tratándose de cualquier acreedor prendario, como puede verse en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. La prohibición a las entidades federativas y los municipios de gravar las instituciones y sus operaciones con otros impuestos que los especificados en el artículo 154, fracciones I y II, se ha dictado igualmente en favor de otras actividades en que tampoco concurren los caracteres del servicio público, como la tabacalera, la pulquera, la cervecera y la de fabricación de cerillos y fósforos, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXIX, de la Constitución. De paso anoto que este precepto nombra por separado a las instituciones de crédito y las sociedades de seguros, con lo que indica que no las consideró incluidas dentro de "los servicios públicos concesionados... por la Federación" que también menciona. Por último, el privilegio que consigna el artículo 109 de la Ley de Instituciones, tampoco dota de una potestad pública o autorizada que se ejercite en favor de la actividad crediticia, sino que establece una excepción a los principios de universalidad y atracción del juicio de quiebra y se ha justificado por razones diferentes de la naturaleza pública o privada de dicha actividad.

f) Los intereses, comisiones, honorarios y demás ingresos de las empresas bancarias no son tasas o derechos por la prestación de un servicio público, ni forman parte de tarifas de aplicación general, uniformes y obligatorias, que requieran la aprobación de la administración. En principio, las contraprestaciones de las operaciones que celebran y servicios que proporcionan, para variarlas según las personas físicas o morales con las que contratan, su solvencia, las garantías, y muchas otras circunstancias que sería prolijo enumerar. La única limitación a esta libertad se encuentra en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Banco de México, que autoriza a esta institución para fijar los mínimos y máximos de los intereses, premios o descuentos que las instituciones de crédito podrán cargar a sus clientes. Pero es obvio que esta facultad no se origina en la consideración de que las funciones

crediticias consistan en un servicio público, sino en la relación que puedan tener con la circulación y estabilidad monetaria y con la obligación consiguiente del banco central, de regular la emisión y circulación de la moneda y los cambios sobre el exterior.

g) Para nada hablan las leyes de que los bancos tengan derecho a utilidades o rendimientos razonables, ni en esta materia intervienen los conceptos de equilibrio financiero o de ecuación entre las cargas y las entradas, que a su vez son consecuencia de la teoría y de que entre la administración y el concesionario se celebra un contrato, que da derecho al segundo a una determinada situación económica.

h) Tanto el rescate como la reversión son instituciones totalmente desconocidas en materia bancaria y ajenas a su naturaleza y características.

i) Las impropiedades llamadas concesiones no tienen límite de duración en la Ley que rige la banca. Expresamente dispone ésta que son intrasmisibles por su propia naturaleza (artículo 8º).

6. Creo haber terminado la labor que me tracé. La idea fundamental que domina la concepción de la concesión de servicio público y que se exterioriza en los caracteres que fijé primero y que después he contrastado con los que presenta la actividad bancaria, consiste en que la concesión resulta en la gestión de un servicio público. Aunque concedido, el servicio sigue siendo público. Si no reúne los caracteres que distinguen a éste, no será público sino privado. El acto a virtud del cual se encomienda su explotación a un particular, no será una concesión. Ahora bien la actividad que desarrollan las instituciones de crédito no presenta los caracteres del servicio público. La conclusión que se impone es que se trata de una actividad privada que está regulada por la ley, sujeta a inspección y vigilancia desde ciertos puntos de vista, y expuesta a sanciones en los supuestos expresamente previstos. En cuanto al acto necesario también por ley para desarrollarla, es una autorización y no una concesión.

Como se ve, el procedimiento que he seguido ha conducido al mismo resultado que era de esperarse de la aplicación de la diferenciación que ha hecho la doctrina moderna entre los conceptos de concesión y autorización. Mi único reparo a ella y una de las razones para que haya yo optado por seguir un procedimiento más completo y seguro, se relaciona con la afirmación que encontramos en muchos autores, en el sentido de que "la administración transfiere a un particular un derecho o una facultad que le son propios, en el caso que nos ocupa la facultad de ejercitar funciones o servicios de los que ella es titular y que ordinariamente ejercita en forma directa".¹³

A mi modo de ver esta versión es innecesaria y sobre todo resulta

¹³ ZANOBINI, *obra citada*, vol 3, 1946, p. 306.

infundada en nuestro Derecho porque no existen preceptos jurídicos que la apoyen y porque no está de acuerdo con el sistema de gobierno que tenemos. Ciertamente en la concesión de servicio público la autoridad concedente trasmite al concesionario diversos derechos que éste no tendría en su ausencia, como el de que se expropie para fines del servicio, que se ocupen las calles con las vías de tranvías, o que sobre predios de propiedad privada puedan pasar los cables de transmisión eléctrica o las líneas telefónicas. Pero no es justificado afirmar que las actividades mismas de generación de energía (antes de la reforma que se hizo el 23 de diciembre de 1960 al artículo 27 constitucional), de servicio ferrocarrilero o de comunicación telefónica, etcétera, sean privativas del gobierno. Éste podrá prestar el servicio directamente cuando posea sobre la materia en cuestión facultades plenarias (para usar un término del Derecho Constitucional norteamericano), esto es, cuando las facultades sobre ella no se confieran únicamente para la consecución de determinado fin o cuando no estén sujetas a limitaciones. En otras palabras, si el legislador autoriza que el servicio se preste en forma directa por la administración, como regla general no será posible oponer contra esta decisión argumentos de índole jurídicos sino solamente políticos, sociales o económicos.

Pero esto no basta para que en el caso de concesión se diga que el particular gestiona el servicio por transmisión que le hace el gobierno. En nuestro régimen constitucional a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. La ley puede, evidentemente, prohibir ciertas actividades como las empresas de juego, la prostitución o el lenocinio. Pero si permite que se desarrollen por las autoridades públicas, no será posible que simultáneamente las vede a los particulares. Pues lícito en el artículo 4º constitucional no significa simplemente lo permitido o lo legal, sino lo que se considere útil y honesto como rezaba el precepto homólogo de la Constitución de 1857. En otros términos, el criterio de lo lícito que deben aplicar primero el Poder Legislativo y en último término el Judicial al resolver las controversias que se le presenten, ha de ser que se trate de actividades indebidas, perjudiciales en sí mismas, ya que según declaración expresa en el Constituyente de Querétaro, la nueva palabra se sustituyó a las anteriores únicamente porque "es más precisa y exacta que éstas en el caso de que se trata".¹⁴ Además, el artículo 28 de la Ley Fundamental especifica los únicos monopolios y estancos que puede haber en los Estados Unidos Mexicanos y como de acuerdo con un principio de

¹⁴ *Dictamen de la Comisión de Constitución*, "Diario de los Debates del Congreso Constituyente", México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, t. I, p. 372

interpretación constitucional, cuando la Constitución prohíbe, el máximo,¹⁵ la ley ordinaria podrá ir más lejos y tendrá que fijar las condiciones en que los particulares podrán desarrollar las actividades no monopolizadas. Con ello se demuestra que las ejercerán por derecho propio, reconocido y protegido por la Constitución, y no a virtud de un traspaso que otorga la administración a su favor. Esta conclusión me parece aplicable a las actividades de servicio público, esto es, a aquellas que no es factible que se cumplan con eficacia sin ciertos poderes de Derecho Público, éstos sí propios del gobierno y que transfieren al concesionario, y que tanto por esta consideración como por otras de interés general, se someten por el legislador a un régimen jurídico especial.

7. Es obvio que con las ideas que expongo nos apartaríamos de la teoría de la concesión de servicio público que ha privado entre nosotros, a mi entender por el prestigio de que tan justificadamente gozan los maestros de derecho franceses e italianos y porque todavía no elaboramos doctrinas propias sobre la base de nuestra Constitución y nuestras leyes.

Espero desarrollar alguna vez la construcción que esbozo, siguiendo más bien la explicación norteamericana de los *public utilities* o sea de

aquellas clases de actividades económicas que están sujetas a un intenso control público por virtud del hecho de que reclaman privilegios públicos especiales (derecho de expropiación, uso especial de las vías públicas), o de que por causas económicas inherentes tienden a asumir el carácter de monopolios, o de una combinación de ambos factores.”¹⁶

Vuelvo, pues, a la conclusión contenida en la parte inicial del número anterior, para terminar recordando que no tiene nada de novedosa y que desde hace tiempo el profesor Fraga escribió que “el acto que faculta para el establecimiento de instituciones de crédito se limita a ser una simple autorización que produce el efecto de hacer aplicable el sistema legal al caso especial autorizado”.¹⁷ Siguiendo este valioso precedente, he enseñado en el curso de Derecho Administrativo, que profeso desde 1932 en la Escuela Libre de Derecho, que la llamada concesión bancaria no es tal, sino una mera autorización, como las

¹⁵ Emilio RABASA, *Derecho Constitucional*, apuntes de las conferencias dadas en la Escuela Libre de Derecho en los años de 1927-1928. Edición en mimeógrafo de Luis González Torres, copiados por Juan José González Bustamante.

¹⁶ Ernst FREUND, *Administrative Powers over Persons and Property*, Chicago, The University of Chicago Press, 1928, p. 308.

¹⁷ *Obra citada*, p. 532.

necesarias para el ejercicio de otras profesiones. La misma opinión se encuentra en el *Derecho Bancario* del licenciado Octavio A. Hernández.¹⁸ Que yo sepa no existe ningún estudio jurídico mexicano en que se sostenga lo contrario.¹⁹

¹⁸ México, 1956, t. 1, p. 67.

¹⁹ En el libro *La moneda y la banca en México*, Guadalajara, Imprenta Universitaria, 1955, p. 193, el señor Gilberto MORENO CASTAÑEDA afirma que "dentro de la más pura especulación doctrinal, concurren, en materia de crédito, las características que otorgan al acto unilateral ejecutado por el Estado, los atributos jurídicos de una concesión" (p. 193). Desgraciadamente no prueba su afirmación sino que se funda en que los recursos con que operan las instituciones de crédito son de la "comunidad social" y en que radica "en el Estado el ejercicio de la soberanía y el natural mandato de la colectividad para disponer de los bienes que le son propios". No es el momento de refutar a fondo este especioso argumento político, por lo que me concreto a observar: que los depósitos que reciben los bancos no son de la comunidad (entidad inexistente) sino de personas determinadas; que el único soberano en nuestro país es el Congreso Constituyente; y que quien otorga la "concesión" o "autorización" no es el Estado sino el Gobierno Federal y, más concretamente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En su reciente y estimable obra *Operaciones Bancarias*, México, Editorial Porrúa, 1967, BAUCHE GARCÍADIEGO se refiere al tema de este estudio y cita a Moreno Castañeda sin expresar una opinión propia.