

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LAS PUBLICACIONES DE LAS MULTAS
EMITIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN EL BOLETÍN DE
INFORMACIÓN FINANCIERA**

HELBER OBDULIO DEL CID MORALES

GUATEMALA, AGOSTO 2012

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LAS PUBLICACIONES DE LAS MULTAS
EMITIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN EL BOLETÍN DE
INFORMACIÓN FINANCIERA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HELBER OBDULIO DEL CID MORALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br.	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Gerardo Prado
Vocal:	Lic.	Edgar Manfredo Roca Canel
Secretario:	Lic.	Raúl Antonio Castillo Hernández

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal:	Lic.	Walter Rolando Gordillo Galindo
Secretario:	Lic.	Marvin Estuardo Arístides

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



BUFETE JURIDICO
CASTELLANOS & ASOCIADOS
LIC. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
Abogado y Notario
3. Ave 13-62 zona 1 Ciudad Guatemala.
Teléfono 22804830



Guatemala, 18 de agosto de 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:



En atención al nombramiento como Asesor de Tesis de HELBER OBDULIO DEL CID MORALES, CARNÉ No. 200320552; me dirijo a usted, haciendo referencia al tema de investigación: **“VIOLACION AL DEBIDO PROCESO EN LAS PUBLICACIONES DE LAS MULTAS EMITIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN EL BOLETIN DE INFORMACION FINANCIERA”** con el objeto de informar sobre mi labor y habiendo asesorado el trabajo encomendado de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a emitir dictamen favorable:

- a) El contenido científico que aporta el investigador, a la comunidad jurídica es importante tomando en consideración que se analizaron puntos de vista doctrinarios y la normativa legal vigente en cuanto a la publicación de las multas emitidas por la Superintendencia de Bancos en el boletín de “Información Financieras de las Entidades Sujetas a la Vigilancia e Inspección de la Superintendencia de Bancos”
- b) Para el desarrollo del presente estudio y por las características del mismo se aprecia que el investigador utilizó el método analítico y sintético por la información documental obtenida, principalmente los aspectos legales contenidos en la Constitución Política de la República, Leyes Bancarias y Financieras, disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y de la Superintendencia de Bancos, principalmente el artículo 6 del Acuerdo 15-2007 de dicha entidad; se aplicaron técnicas de investigación bibliográficas en cuanto al material que se recopiló para el desarrollo de la investigación.



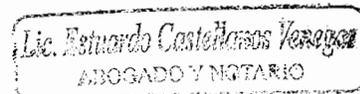
BUFETE JURIDICO
CASTELLANOS & ASOCIADOS
LIC. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
Abogado y Notario
B. Ave 13-02 zona 1 Ciudad Guatemala.
Teléfono 22501830



- c) En cuanto a la investigación realizada por el investigador, misma que utilizó los lineamientos que establece el Diccionario de la Real Academia Española, utilizando correctamente los signos de puntuación y ortografía.
- d) El tema investigado contribuye científicamente al ordenamiento jurídico Guatemalteco, ya que las multas impuestas a las entidades financieras por infracciones a las disposiciones de la ley de Bancos y Grupos Financieros; disposiciones de la Junta Monetaria; disposiciones de la Superintendencia de Bancos y otras que les sean aplicables; afecta la reputación y estabilidad de las entidades financieras; pues se dan a conocer a la población en general a través del suplemento denominado "Información Financieras de las Entidades Sujetas a la Vigilancia e Inspección de la Superintendencia de Bancos", sin que se encuentre firme la sanción en la vía Judicial; vulnerando el Debido Proceso al publicar y cobrar las multas impuestas.
- e) En mi calidad de asesor nombrado para el efecto y una vez concluido el informe final y evaluado el contenido general del mismo, se establece que el investigador es congruente con las conclusiones y recomendaciones presentadas en su trabajo de graduación.
- f) Asimismo, el marco de referencia utilizado es de conformidad con los recursos disponibles, ya que del tema central de la investigación se ha escrito poco, por lo que la bibliografía utilizada en mi opinión es aceptable.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de usted, su deferente servidor.

Lic. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
Abogado y Notario
Colegiado 7706



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

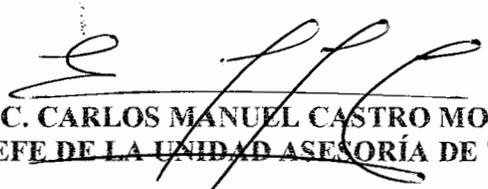
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



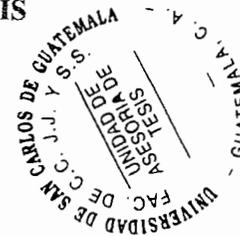
**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintiséis de septiembre de dos mil once.

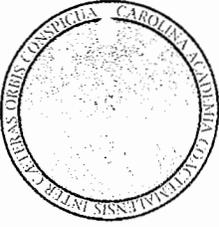
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **VICTOR HUGO GIRÓN MEJÍA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **HELBER OBDULIO DEL CID MORALES**, Intitulado: **"VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LAS PUBLICACIONES DE LAS MULTAS EMITIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN EL BOLETÍN DE INFORMACIÓN FINANCIERA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/jrvch.





LIC. VÍCTOR HUGO GIRÓN MEJÍA

Abogado y Notario
10°. Avenida 3-68 zona 4
Guatemala, teléfono 5010-7807

Guatemala, 17 de enero de 2012.

Señor Jefe:
De la Unidad de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:



En atención al nombramiento de fecha veintiséis de septiembre del año dos mil once, en donde se me designa como **REVISOR** de tesis, del estudiante **HELBER OBDULIO DEL CID MORALES**, respecto a su trabajo de tesis intitulado **“VIOLACION AL DEBIDO PROCESO EN LAS PUBLICACIONES DE LAS MULTAS EMITIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN EL BOLETIN DE INFORMACION FINANCIERA”**, con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir el dictamen respectivo:

- I. Con relación al trabajo presentado por el estudiante Del Cid Morales, representa un valioso aporte para el derecho mercantil guatemalteco, tomando en consideración el análisis realizado en la investigación jurídica concluida respecto a la violación al debido proceso como consecuencia de la publicación de multas emitidas por la Superintendencia de Bancos, ya que las mismas se publican mensualmente sin haber concluido el debido proceso y que lo efectúa la entidad encargada de fiscalizar el sistema bancario nacional.
- II. La metodología y técnicas empleadas en la investigación jurídica que fueron utilizadas por el estudiante Del Cid Morales, consistió esta última en la técnica bibliográfica, tomando en consideración la diversidad de información obtenida principalmente de autores nacionales y extranjeros en materia mercantil, así mismo el método utilizado fue el analítico, mismo que sirvió para el análisis correspondiente y determinación del contenido general de la investigación presentada.
- III. Con respecto a la redacción, ortografía y puntuación que contiene el informe final de la presente tesis, esta se considera acorde a la técnica jurídica y lo que para el efecto recomienda las directrices del Diccionario de la Real Academia Española.



LIC. VÍCTOR HUGO GIRÓN MEJÍA

Abogado y Notario
10^a. Avenida 3-68 zona 4
Guatemala, teléfono 5010-7807

- IV. Por la importancia jurídica dentro de la actividad bancaria, fue fundamental un estudio de tal naturaleza y determinar la violación al debido proceso, en el boletín publicado por la entidad encargada de la fiscalización de los bancos en Guatemala.
- V. Una vez revisada la lectura de la investigación presentada por el estudiante del Cid Morales, se establece que las conclusiones y recomendaciones, son acordes al tema investigado y al desarrollo de cada uno de los capítulos contenidos en el estudio jurídico elaborado.
- VI. Con respecto a la bibliografía utilizada, por el tema investigado se determina que la misma es la más adecuada, ya que se utilizaron obras de autores nacionales y extranjeros, y las disposiciones legales vigentes en materia mercantil y bancaria respectivamente.

Por lo que considero que cumple con los requisitos, que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo anteriormente indicado procedo a emitir el presente dictamen de revisor en forma **FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Sin otro particular me suscribo de usted,

Atentamente,


Lic. Víctor Hugo Girón Mejía
Abogado y Notario
Colegiado No. 5695

Victor Hugo Girón Mejía
Abogado y Notario



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante HELBER OBDULIO DEL CID MORALES intitulado VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LAS PUBLICACIONES DE LAS MULTAS EMITIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN EL BOLETÍN DE INFORMACIÓN FINANCIERA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iycr



DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente de toda sabiduría; a ti mi vida y mi triunfo.
- A MI MADRE:** Petronila Morales López, por su amor incondicional y múltiples sacrificios.
- A MIS HERMANOS:** Por su apoyo incondicional, especialmente a Dina Eunice Morales y Omardy Leonel Morales.
- A MIS AMIGOS:** Por su apoyo incondicional.
- A:** Los profesionales del derecho Carlos Castro Monroy y Estuardo Castellanos Venegas.
- A:** Universidad de San Carlos de Guatemala, alma mater de estudios superiores y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Comerciantes	1
1.1 Concepto	7
1.2 Clasificación	9
1.3 Capacidad	11
1.4 Obligaciones profesionales	12

CAPÍTULO II

2. Los bancos	15
2.1 Concepto	33
2.2 Naturaleza jurídica	35
2.3 Sociedad anónima especial	37
2.4 Creación de un banco	37
2.5 Operaciones bancarias	48
2.6 Clasificación de los bancos en Guatemala	58

CAPÍTULO III

3. Superintendencia de Bancos	59
3.1 Evolución en Guatemala	60
3.2 Condiciones para la supervisión bancaria	70
3.3 Objetivo de la Superintendencia de Bancos	75
3.4 Enfoque jurídico y financiero	76



CAPÍTULO IV

4. Publicación de información financiera por parte de la superintendencia de bancos a entidades sujetas a vigilancia e inspección.....	91
4.1. Contenido de la publicación.....	92
4.2. Efectos de la publicación	93
4.3. Procedimiento para el pago de ajustes o multas	94
4.4. Efectos jurídicos.....	107
4.5. Efectos financieros.....	108
4.6. Propuesta de reforma al Acuerdo 15-2007	109
CONCLUSIONES	119
RECOMENDACIONES.....	121
BIBLIOGRAFÍA	123



INTRODUCCIÓN

Como producto de las publicaciones de las multas impuestas por la Superintendencia de Bancos, que aparecen en los boletines denominados "Información Financiera de las Entidades Sujetas a la vigilancia e Inspección de la Superintendencia de Bancos", y en las mismas se hacen constar las sanciones emitidas por dicho órgano fiscalizador en materia bancaria en Guatemala; se evidencia la violación al derecho constitucional del debido proceso, ya que se impone la multa, se cobra y se realiza la publicación correspondiente sin haber agotado los procedimientos legales a través de las vías impugnativas establecidas en el Artículo 132 de la Constitución Política de la República, lo que perjudica en el ámbito bancario y publicitario a las mencionadas entidades.

La actividad bancaria, representa para Guatemala, una fuente de desarrollo económico y social y que mediante la canalización del ahorro hacia la inversión contribuye al crecimiento sostenible de la economía nacional, motivo por el cual se hace necesario reformar el Acuerdo número 15-2007 de la Superintendencia de Bancos para dar cumplimiento al mandato constitucional guatemalteco del debido proceso. Los objetivos, planteados fueron, el de realizar un análisis de la normativa que establece el funcionamiento de la actividad bancaria en Guatemala, determinar la importancia de las funciones que desempeñan las entidades bancarias y financieras y su incidencia en la economía nacional, y establecer que precepto constitucional se violan por parte de la Superintendencia de Bancos al publicar los ajustes y multas sin haber concluido la tramitación de los medios de defensa.



Los métodos utilizados fueron el método analítico tomando como base toda la información documental obtenida, principalmente los aspectos legales contenidos en la Constitución Política de la República, Leyes Bancarias y Financieras y las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y de la Superintendencia de Bancos, principalmente el Acuerdo número 15-2007 de dicha entidad; así mismo se empleó el método sintético partiendo del análisis realizado y de la obtención de la información documental obtenida, para realizar una secuencia lógica de la temática; también se utilizó el método inductivo y deductivo; dentro de las principales técnicas, se aplicaron las bibliográficas, documentales, en cuanto al material que se recopiló para el desarrollo de la investigación.

La presente investigación, esta dividida en cuatro capítulos los cuales se describen a continuación: El capítulo uno, hace referencia a los comerciantes, el concepto, la clasificación, la capacidad, así como las obligaciones profesionales; en el capítulo dos, se indica lo relacionado a los bancos, el concepto, la naturaleza jurídica, la sociedad anónima especial, procedimiento de su creación, el tipo de operaciones bancarias y la clasificación; el capítulo tres, contiene lo relacionado a la Superintendencia de Bancos, las condiciones para la supervisión bancaria, el objetivo de la superintendencia de bancos, así como el enfoque jurídico y financiero; en el capítulo cuatro, se indica la publicación de información financiera por parte de la Superintendencia de Bancos a entidades sujetas a vigilancia e inspección, el contenido de la publicación, los efectos de la publicación, el procedimiento para el pago de ajustes o multas, también se realiza una propuesta de Reforma al Acuerdo 15-2007 de la Superintendencia de Bancos.



CAPÍTULO I

1. Comerciantes

Los comerciantes especiales en términos generales, son las personas que se dedican habitualmente al comercio, en derecho mercantil se hace alusión a su materia de estudio subjetivo, es decir, a las personas que son objeto de regulación, se considera sujeto mercantil a toda persona que realiza un acto de comercio, sin embargo, es importante señalar “una primera clasificación entre las personas que realizaron un acto de comercio ocasional y aquellas que se dedican al comercio de forma habitual; las primeras son los sujetos accidentales de comercio, y las segundas comerciantes.”¹

Con respecto a los orígenes del comercio, estos se remontan a finales del periodo Neolítico, cuando se descubrió la agricultura, al principio, la agricultura que se practicaba era una agricultura de subsistencia, donde las cosechas obtenidas eran las justas para la población dedicada a los asuntos agrícolas, sin embargo, a medida que iban incorporándose nuevos desarrollos tecnológicos al día a día de los agricultores, como por ejemplo la fuerza animal, o el uso de diferentes herramientas, las cosechas obtenidas eran cada vez mayores, así llegó el momento propicio para el nacimiento del comercio, favorecido por dos factores:

- a) Las cosechas obtenidas eran mayores que la necesaria para la subsistencia de la comunidad.

¹ Zea Ruano, Rafael. **Lecciones de Derecho Mercantil**. Pág. 80

b) Ya no era necesario que toda la comunidad se dedicara a la agricultura, por lo tanto, parte de la población empezó a especializarse en otros asuntos, como la alfarería o la siderurgia.

Por lo tanto, los excedentes de las cosechas empezaron a intercambiarse con otros objetos en los que otras comunidades estaban especializadas, normalmente estos objetos eran elementos para la defensa de la comunidad (armas), depósitos para poder transportar o almacenar los excedentes alimentarios (ánforas), nuevos utensilios agrícolas, e incluso más adelante objetos de lujo tales como espejos, pendientes entre otros.

Este comercio primitivo, “no solo supuso un intercambio local de bienes y alimentos, sino también un intercambio global de innovaciones científicas y tecnológicas, entre otros, el trabajo en hierro, el trabajo en bronce, la rueda, el torno, la navegación, la escritura, nuevas formas de urbanismo, y un largo etcétera; en la península ibérica, este periodo se conoce como orientalizante, por las continuas influencias recibidas de oriente, en este momento es cuando surge la cultura ibérica.”²

Además del intercambio de innovaciones, el comercio también propició un paulatino cambio de las sociedades, ahora la riqueza podía almacenarse e intercambiarse. Empezaron a aparecer las primeras sociedades capitalistas tal como las conocemos hoy en día, y también las primeras estratificaciones sociales, en un inicio las clases sociales eran simplemente la gente del poblado y la familia del dirigente, más adelante

² **Ibid.** Pág. 82

aparecieron otras clases sociales más sofisticadas como los guerreros, los artesanos, los comerciantes, entre otros.

El trueque era la manera en que las antiguas civilizaciones empezaron a comerciar, el cual consistía en intercambiar determinadas mercancías, por otras de igual valor; pero el principal inconveniente de este tipo de comercio, es que las dos partes involucradas en la transacción comercial tenían que coincidir en la necesidad de las mercancías ofertadas por la otra parte. Para solucionar este problema surgieron una serie de intermediarios que almacenaban las mercancías involucradas en las transacciones comerciales, estos intermediarios muy a menudo añadían un riesgo demasiado elevado en estas transacciones, y por ello este tipo de comercio fue dejado de lado rápidamente cuando apareció la moneda.

La moneda o dinero, “en una definición más general, es un medio acordado en una comunidad para el intercambio de mercancías y bienes; el dinero no sólo tiene que servir para el intercambio, sino que también es una unidad de cuenta y una herramienta para almacenar valor. Históricamente ha existido una gran variedad de dinero, desde cerdos, dientes de ballena, cacao, o determinados tipos de conchas marinas. Sin embargo, el más extendido sin duda a lo largo de la historia es el oro.”³

El uso del dinero en las transacciones comerciales supuso un gran avance en la economía, ya que no hacía falta que las partes implicadas en la transacción, necesitaran las mercancías de la parte opuesta; civilizaciones más adelantadas, como

³ Caso, Ángel. **Derecho Mercantil**. Pág. 96

los romanos, extendieron este concepto y empezaron a acuñar monedas; las cuales eran objetos especialmente diseñados para el comercio, aunque estas monedas primitivas, al contrario de las monedas modernas, tenían el valor de la moneda explícito en ella, es decir, que las monedas estaban hechas de metales como oro o plata y la cantidad de metal que tenían era el valor nominal de la moneda.

El único inconveniente que tenía el dinero era que al ser un acuerdo dentro de una comunidad, podía no tener sentido fuera de su contexto, por ejemplo, si el elemento de intercambio de una comunidad eran dientes de ballena, aquellos dientes no tenían ningún valor fuera de la comunidad, por ello un poco más adelante surgió el concepto de divisa, la divisa, ahora sí, es un elemento de intercambio aceptado en una zona mucho más amplia que la propia comunidad, la divisa más habitual era el oro puro, aunque a lo largo de la historia también han aparecido otros, como la sal o la pimienta, las divisas facilitaron el comercio intercontinental en gran medida.

a) El comercio fenicio: Las ciudades fenicias del segundo milenio antes de Cristo consiguieron crear una estructura comercial propia para compensar la diferencia entre sus recursos naturales y los de sus vecinos.

Por su posición geográfica los fenicios, "dice Herodoto (historiador griego), era un pueblo botado al mar por su geografía, como comerciantes y mercaderes fueron los fenicios activos y prósperos, buscaban y transportaban por las rutas comerciales marítimas de un extremo a otro del mediterráneo, materias primas y toda clase de productos manufacturados por ellos y por los pueblos de oriente, excelentes

navegantes y audaces exploradores contaban con numerosas flotas comerciales y de guerra, estas últimas protegiendo siempre a los barcos mercantes, eran naves de estilizadas líneas, veloces y técnicas, dotadas de un gran espolón de proa que actuaba como ariete y servía para abrir grandes vías de agua y echar a pique las naves enemigas, en el área de construcciones de naves marítimas, incidieron con el birreme, una especie de galera a la que consiguieron aumentar el número de remeros montando una hilera sobre otra, luego construyeron naves más ágiles que hacían uso del viento.”⁴

Fenicia nunca fue un Estado unificado en la acepción moderna del término, era más bien un conjunto de ciudades más o menos importantes cuyos habitantes vivían del comercio marítimo y de las industrias relacionadas con este, es decir, astilleros, factorías de artículos manufacturados, aprovechando las materias primas que los barcos suministraban.

Para los griegos, la prosperidad fenicia, que en su día fue envidiada por todo el Mediterráneo, procedía en sus inicios del humilde murex, molusco que abundaba en las costas fenicias y del cual se extraía el tinte color púrpura, los tejidos teñidos con púrpura eran en la antigüedad, un artículo de lujo que solo los potentados podían costearse, a partir de este comercio y el de las finas maderas (cedro) del Líbano, se fueron construyendo las grandes fortunas que luego se invertirían en fletar orondos cargueros con los que los fenicios comerciaron, dando inicio a la expansión y la fundación de colonias y factorías, sirviendo de puente entre las grandes civilizaciones antiguas del oriente y los pueblos del occidente mediterráneo.

⁴ **Ibid.** Pág. 102

Se les ha llamado con mucha propiedad recaderos del mundo antiguo, su importante marina iba a buscar los metales útiles como el estaño, cobre y oro en los lugares más apartados, de los cuales se hacía gran consumo en la Corte del Faraón y en Nínive y Babilonia, en las colonias fenicias del sur de España encontraron grandes minas de plata, fuente de riqueza y expansión fenicia, vendían en Grecia, en Italia, en todas las costas bañadas por el Mediterráneo, el incienso y la mirra de Arabia, las piedras preciosas, las especias y marfil de la India, la seda de China, los esclavos y caballos del Cáucaso.

El comercio fenicio era de intercambio y éstos no usaron la moneda hasta el año 400 antes de la era cristiana, en Sidón, solo por la influencia de los persas se empezaron a acuñar monedas, en el reverso estaba impresa la cabeza del rey persa, lo que atestigua los estrechos lazos que por aquel tiempo unían a Persia y Sidón.

- b) Derechos de los comerciantes:
- a) Ser titular de su empresa y consecuentemente organizarla y dirigirla para llevar a cabo su actividad lucrativa (Artículo 655 del Código de Comercio).
 - b) Disponer de los signos distintivos de su empresa del cambio de local del establecimiento principal (Artículo 665 y 668 del Código de Comercio).
 - c) Cesar en su actividad mercantil cuando no le produzca ganancias (667 del Código de Comercio)
 - d) Inscribirse en cámaras o asociaciones gremiales (Artículos 357 y 358 del Código de Comercio).

1.1. Concepto

Originariamente se tenía la idea que comerciante, era la persona individual que con fines de lucro, compraba mercancías para revenderlas, realizando una actividad intermediadora entre el productor y el consumidor de bienes.

Con la evolución del comercio y del derecho mercantil, ese concepto de comerciante se ha ampliado, no solo por la aparición de las personas jurídicas y la empresa mercantil, sino por la diversificación de los actos de comercio encaminados a la industria, la banca, seguros y finanzas.

En términos precisos y concretos, Agustín Vicente y Gella señala que: “comerciante, es la persona que ejerce en nombre propio actos de comercio, haciendo de ellos su profesión habitual.”⁵

Conforme el Artículo 2 del Código de Comercio vigente “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

1. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
2. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
3. La Banca, seguros y fianzas.

⁵ Vicente y Gella, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Pág. 71

4. Las auxiliares de las anteriores.

Fusionando los elementos de los dos conceptos citados (doctrinario y legal), se puede concluir en que el comerciante “es la persona que en el nombre propio con ánimo de lucro ejerce actos de comercio, haciendo de ellos su profesión habitual.”⁶

Para el tratadista Manuel Ossorio comerciante es: “Individuo que, teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por cuenta propia o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual, en sentido más amplio, toda persona que hace profesión de la compra y venta de mercaderías.”⁷

El tratadista Guillermo Cabanellas lo define de la siguiente manera: “Se le llama en general comerciante a toda persona, que hace profesión de la compra y venta de mercaderías; en particular se llama comerciante al que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor y menor, son también Comerciantes los libreros, meseros y tenderos de toda clase que vende mercaderías que no han fabricado.”⁸

Por otra parte, se denomina comercio a la actividad socioeconómica consistente en la compra y venta de bienes sea para su uso, para su venta o para su transformación, es el cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor.

El comerciante es la persona física o jurídica que se dedica al comercio en forma habitual, tal el caso de las sociedades mercantiles.

⁶ Paz Álvarez, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco.** Pág. 28

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 193

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Pág. 422

1.2. Clasificación

El Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, reconoce como comerciantes a las personas o instituciones que a continuación se mencionan:

- ✓ Comerciante individual.
- ✓ Comerciante social.
- ✓ Comerciantes Sociales especiales.

a. Comerciante individual: Se refiere a la persona que con capacidad legal para contratar y obligarse, ejerce actos de comercio con ánimo de lucro, por profesión y en forma habitual.

El Código de Comercio vigente en el Artículo 6° remite al Código Civil para determinar quiénes son las personas individuales con capacidad para contratar y obligarse, en efecto, el Artículo 8° del Código Civil en el Decreto-Ley 106 al referirse a la capacidad estipula que: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años...”.

b. Comerciante social: Dicho termino, se refiere a las sociedades organizadas bajo forma mercantil, de conformidad que el Artículo 10 del Código de Comercio se presenta la clasificación legal de la siguiente manera:

1. La sociedad colectiva
2. La sociedad en comandita simple.

3. La sociedad de responsabilidad limitada.
4. La sociedad anónima.
5. La sociedad en comandita por acciones.

Por su parte, el Artículo 3 del mismo cuerpo legal citado establece que: “las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes cualquiera que sea su objeto”.

Las sociedades mercantiles citadas, son las personas jurídicas, que refiere al Artículo 6 del Código de Comercio y 15 inciso 4 del Código Civil respectivamente.

c) Comerciantes especiales: Al respecto el Artículo 12 del Código de Comercio vigente, regula entre dichos comerciantes a los Bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, las mismas se registrarán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone dicho Código en lo que no contravengan sus leyes y disposiciones especiales.

1.3. Capacidad

La personalidad en sentido general, se refería a las características que distinguen a una persona de otra. La personalidad en un concepto ligado al de persona, pues si se es persona, se tiene personalidad; desde el punto de vista jurídico, se entiende que la personalidad, es la investidura jurídica que confiere aptitud para ser sujeto, activo o

pasivo, de relaciones jurídicas, dicho en otras palabras, “la personalidad jurídica, se refiere a la aptitud que se tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones.”⁹

De conformidad con el Artículo 1 del Código Civil, Decreto-Ley número 106, “la personalidad civil, comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.”

Para el efecto la Constitución Política de la República de Guatemala establece lo referente a la personalidad en sus Artículos siguientes:

Artículo 3. Derecho a La Vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Se puede decir entonces que la personalidad jurídica del comerciante, se refiere a la aptitud que este tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones.

⁹ Paz Álvarez. **Ob. Cit.** Pág. 30.

El concepto de personalidad está vinculado al de capacidad para ejercer sus derechos al cumplir dieciocho años, es lo que se conoce como capacidad para obrar o de ejercicio; en derecho mercantil, se aplica dicha disposición, porque el comerciante individual para que pueda ejercer el comercio, debe ser civilmente capaz, es decir que debe estar en el goce de sus derechos civiles; pues legalmente, un menor, un incapaz o un interdicto, no pueden ejercer sus derechos por sí mismos, sino representados por los padres, el tutor o guardador, respectivamente.

La capacidad del comerciante social, nace simultáneamente al otorgársele la personalidad jurídica y ésta se adquiere cuando la sociedad se inscribe en el Registro Mercantil, si los socios que constituyen la sociedad mercantil, contratan en nombre de la sociedad antes de que ésta sea inscrita como persona jurídica, deben responder en forma personal de los efectos del contrato celebrado.

Debe tenerse presente que la sociedad mercantil, tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados; por ello es que al quedar inscrita en el Registro Mercantil, puede actuar como sujeto de derechos y obligaciones.

1.4. Obligaciones profesionales

Conforme el libro II del Código de Comercio vigente, son obligaciones profesionales de los comerciantes:

- a) La inscripción en el Registro Mercantil, para el comerciante individual que tenga un capital de dos mil quetzales o más, es obligatoria su inscripción en el Registro



Mercantil; y para todas las sociedades mercantiles, es obligatoria la inscripción dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura constitutiva. La falta de inscripción, se sancionará con multa de veinticinco a mil quetzales, la cual será impuesta por el Registrador Mercantil. (Artículos 334, 335, 337, 352, 355 y 356 del Código de Comercio).

- b) Contratar con cualquiera que solicite sus productos y servicios, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores, lo que implica la prohibición de ejercer el monopolio Artículo 361 Código de Comercio.
- c) No debe ejercer competencia desleal, porque la actuación del comerciante debe ser de buena fe, contratar y obligarse. (Artículos 362, 363, 365, 366, 367 del Código de Comercio).
- d) Llevar contabilidad en forma organizada de acuerdo con el principio de partida doble y usando principios de contabilidad generalmente aceptados, para los efectos, debe llevar los siguientes libros: de inventarios, de primera entrada o diario, mayor centralizador y de estados financieros, se exceptúan de esta obligación a los comerciantes que tengan un activo total que no exceda de dos mil quetzales, pero si deben llevar los libros de inventarios y estados financieros. (Artículos 368 al 381 del Código de Comercio).
- e) Todo comerciante debe conservar en forma ordenada y organizada durante no menos de cinco años los documentos de su empresa. (Artículos 382 y 383 del Código de Comercio).
- f) El comerciante deberá colocar en lugar visible de su establecimiento, la patente que le extienda el Registro Mercantil. (Artículo 344 del Código de Comercio).

- g) Los comerciantes sociales o jurídicos, deben llevar libros de actas para consignar los acuerdos de la asamblea o junta general (Artículo 153 del Código de Comercio).
- h) Aunque no lo regula el Código de Comercio, los comerciantes, también tiene la obligación de inscribirse en la Superintendencia de Administración Tributaria, para los efectos del pago de impuestos; así también, los comerciantes, que se dediquen a la producción de alimentos o a la prestación de un servicio que afecte la salud, deben tener un registro sanitario.

Por otra parte, en cuanto a los comerciantes especiales es importante señalar la labor que desempeñan principalmente los que se dedican a la actividad bancaria, ya que dichas instituciones fortalecen la economía guatemalteca, tomando en consideración los múltiples servicios de banca que ofrecen a la sociedad guatemalteca.

Además, existe en Guatemala diversidad de disposiciones legales, tendientes a regular la actividad que desarrollan los comerciantes especiales, con la finalidad de establecer los parámetros, competencia, procedimientos administrativos y judiciales a efecto que dichas instituciones privadas o semiprivadas puedan desarrollar sus funciones a cabalidad dentro del marco de la Constitución Política de la República y las normativas vigentes en Guatemala.

Son diversos los criterios, en cuanto a considerar que los comerciantes especiales deben regirse únicamente y exclusivamente por leyes ordinarias ya que dichas disposiciones normarían la actividad específica que ellos desarrollan y de esta manera unificar criterios en cuanto a la aplicación e interpretación de las normas mercantiles con las normas bancarias guatemaltecas.

CAPÍTULO II

2. Los bancos

La banca, o el sistema bancario, es el conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan el servicio de banco. A continuación se hace referencia a las diferentes épocas en las cuales dicha actividad se ha desarrollado a través de la historia de la siguiente manera:

1. La época antigua,
2. La edad media,
3. Inglaterra,
4. La época moderna,
5. Estados Unidos de América,
6. Historia de la banca en Guatemala.

a) La época antigua: Según Leo Goldschmied, los orígenes de los bancos se encuentran en: “La edad antigua, no con bancos en el sentido moderno de la palabra, pero si con instituciones con funciones parecidas, que tenían por objeto el dinero o sus equivalentes, dichas instituciones variaban según los lugares en que se encontraban y acordes a la civilización del lugar y el momento.”¹⁰

La banca y la moneda siempre han estado interrelacionadas, especialmente porque la primera tiene como uno de sus objetivos fundamentales a la segunda.

¹⁰ Goldschmied, Leo. **Historia de la banca**. Pág. 1

Los movimientos del dinero desde los primeros pasos de la humanidad, siempre han estado enmarcados en el campo del comercio. Fue Babilonia uno de los primeros escenarios del comercio antiguo: “En Babilonia se utilizó por primera vez la plata como medio de cambio, y 3000 años antes de esta era se efectuaba el comercio bancario por la civilización caldea antigua, realizándose contratos de crédito, operaciones bancarias de cambio y emisión de títulos abstractos de obligaciones, utilizando las garantías reales en múltiples formas.”¹¹

Por otra parte, Acosta Romero, indica que los babilonios utilizaban: “lingotes de oro y plata en vez de moneda, como signo de valor y medio de cambio. Los préstamos se hacían en mercancías o en lingotes de oro y plata, no había bancos, sino poderosas familias que, de generación en generación, se transmitían el arte y el negocio de prestar dinero.”¹²

Tablas de barro en el museo británico, tomadas de las ruinas de Babilonia, muestran como antiguamente, en días de Nabucodonosor, se realizaban préstamos de plata con intereses y garantizados con hipoteca sobre tierra.

20 siglos antes de Cristo, el Código de Hammurabi, normó el préstamo con intereses y el depósito de mercancías: “La India, en la época de Buda, surgió un sistema de crédito, en el que los comerciantes de diferentes ciudades facilitaban el intercambio

¹¹ Acosta Romero, Miguel. **La banca múltiple**. Pág. 18

¹² **Ibid.**

comercial, dándose entre si documentos y se habla en cierta forma de que utilizaban documentos parecidos a los pagarés.”¹³

El Código de Manú, en la India, estaba lleno de regulaciones respecto al crédito, en él se establecieron los procedimientos judiciales, que se podían seguir en contra de los banqueros usureros, por cobrar altas tasas de intereses sobre los préstamos. Por otra parte, Miguel Acosta indica lo siguiente: “Alrededor del año 800 antes de Cristo, el emperador Tsieng Tung emitió una ley, ordenando que toda la moneda de cobre fuera depositada en la oficina del gobierno, y para sustituirla emitió certificados de adeudo, que recibieron el nombre de moneda voladora por el pueblo, en opinión de Durant, esos fueron los orígenes del papel moneda.”¹⁴

Algunos autores sugieren que no debe afirmarse que la banca y la moneda tiene sus orígenes en Babilonia, porque creen que la moneda fue inventada por los chinos muchos siglos antes de esta era.

En Atenas y Roma, el negocio de la banca estaba sujeto a regulaciones oficiales, en cuanto el comercio se desarrolló, los banqueros fueron llamados para que hicieran remisiones de dinero de un lugar a otro, de esto se dice que dio como resultado el uso de las letras de cambio extranjeras, así, con el tiempo, apareció la conveniencia de servicio: los comerciantes comenzaron a depositar dinero y barras de oro en manos de los cambistas de dinero para su guarda en un lugar seguro, rastros de crédito por

¹³ **Ibid.** Pág. 19

¹⁴ **Ibid.**

compensación y ordenes de transferencias de dinero fueron encontradas en Siria, Fenicia y Egipto, antes que el sistema obtuviera el total desarrollo en Grecia y Roma.

Según Acosta Romero, en Grecia existían ciertos organismos considerados por la doctrina como semi-oficiales que realizaban el comercio de la plata, siendo estos los templos, asimismo Miguel Acosta indica con relación al templo lo siguiente: "Samus y el templo de Artemisa, en Efeso, que tenían capitales considerables y los utilizaban en préstamos a largo plazo a las ciudades y a los ciudadanos ejerciendo al estado o la ciudad cierta vigilancia sobre la actuación de estos templos en este aspecto."¹⁵

b) La edad media: La idea de los bancos llevo a Roma proveniente de Grecia, habiendo sido manejados principalmente por griegos y sirios en Italia, en el oeste y aun en las Galias en donde las palabras sirio y banqueros eran sinónimos.

Así el negocio de los argentari, como fueron llamados los banqueros romanos al principio, evolucionó lentamente del mero cambio de dinero a la recepción de depósitos, prestando con intereses, tanto su propio dinero como el confiado a ellos, negociando con letras de cambio y desarrollando otras operaciones de banco.

Estos banqueros privados de las ciudades italianas medievales fueron precursores de la banca moderna, debido al prejuicio de la iglesia en contra del préstamo de dinero con intereses, por considerarlo usurario, los judíos tenían el monopolio de estos negocios en los años negros, y desde entonces han sido prominentes banqueros, muchas veces

¹⁵ **Ibid.** Pág. 24

fueron expulsados del oeste de Europa, y el negocio fue tomado por los comerciantes de Lombardia y otros.

Los lombardos extendieron sus operaciones hasta Inglaterra, donde anticiparon grandes sumas de dinero a los reyes, a costa de la seguridad de sus costumbres, cuando Eduardo III no pudo hacer sus pagos, debiendo grandes sumas a los banqueros lombardos, estos quebraron arruinando a muchas familias ricas de Florencia y causando grandes infortunios a miles de ciudadanos.

El banco de Venecia, fundado en siglo XII, durante el tiempo en que Venecia estaba en guerra con el imperio romano, no se dice que es el primer banco público, originalmente no era un banco en el sentido moderno: "En todo caso, era simplemente una oficina de transferencia de la deuda pública; el gobierno aseguraba fondos a través de préstamos forzosos que proveían los ciudadanos pudientes, en vez de emitir bonos en contra de estos préstamos como los gobiernos de hoy, el monto del préstamo era acreditado a cada suscriptor, de una persona a otra en los libros del banco, no se emitían notas ni habían cheques usados: los registros de ingresos al banco eran la evidencia de los pagos."¹⁶

Los importadores venecianos vieron pronto la ventaja de este sistema de transferencia, en vez de andar cargando la moneda, y voluntariamente depositaron su dinero en el banco y obtuvieron créditos bancarios.

¹⁶ Thom, John. **Money and bankin.** Pág. 130

No fue sino hasta 1587, sin embargo, que Venecia inicio la práctica del actual negocio del depósito bancario, recibieron moneda extranjera su valor oro y emitiendo certificado prometiendo la devolución del oro al mismo valor por un peso estándar y legal.

“En 1609 se estableció el banco de Ámsterdam para llenar los requerimientos de los comerciantes de esta ciudad, convertida en el centro de negocios internacionales de Europa, y para corregir los desordenes de la banca privada, los cuales habían surgido a través de la acumulación de moneda promiscua sin peso, recibida en el extenso comercio internacional y holandés.”¹⁷

El banco de Ámsterdam aceptaba toda clase de especies en depósito, acreditando al depositante con su valor real en moneda estándar. Este depósito podía ser retirado a su valor o transferido en los libros del banco de una persona a otra. Los créditos dados por estos depósitos o monedas, o barras de oro o plata, fueron conocidos como el dinero bancario y dominó con crecer sobre las falsificadas y mutiladas monedas en circulación.

En el siglo XVII el banco adoptó un plan por medio del cual un depositante de especie recibía un crédito equivalente al dinero del banco en sus libros y un recibo, una especie de certificado de depósito, el cual acreditaba a esa persona para poder retirarla dentro de los seis meses su depósito, devolviendo el dinero del banco con el cual fuera el acreditado y pagando un octavo de uno por ciento de interés, los depositantes tenían el privilegio de renovar el depósito indefinidamente al final de los 6 meses, pero si no realizaban el retiro a la renovación perdían el derecho a favor del banco, “por

¹⁷ **Ibid.** Pág. 131

generaciones este dinero de banco constituyó la base del gran intercambio de Ámsterdam.¹⁸

Con el establecimiento del giro surgieron otras agencias bancarias, en Hamburgo en 1619 y en Nurember en 1621: esas órdenes escritas llegaron a ser muy usadas, en la misma forma que los cheques modernos y eran utilizadas ampliamente. Estas tempranas transferencias bancarias no eran préstamos ni hacían incurrir en alguna responsabilidad más allá del valor de las monedas y lingotes de oro depositados.

El banco de Ámsterdam no estaba sujeto a supervisión oficial, pero su crédito nunca fue cuestionado, llegando a saberse al final del siglo XVII que en el banco no había sobrevivido a sus obligaciones para mantener en sus arcas un monto de monedas y lingotes de oro igual a la emisión de dinero bancario.

El pequeño comité de padres de la ciudad, responsables de su administración, reporto su crisis, pero en 1790 hizo del conocimiento del público que por años había favorecido a depositantes a quienes se les había permitido sobregirarse en sus cuentas y los enormes préstamos en especie que habían sido hechos a la ciudad y a la compañía este india, estos desastres destruyeron la confianza, el premio por dinero bancario desaparecido, y el banco terminó insolvente, fue cerrado finalmente por Decreto real en 1819. El primer banco de emisión fue el banco de Suecia, fundado como una institución privada en 1656, pero convertido a un banco público en 1668.

¹⁸ Ibid.

c) Inglaterra: Los judíos fueron probablemente los primeros banqueros en Inglaterra, llegaron al país con Guillermo el conquistador, conocían el uso de letras de cambio, y acumularon capitales que prestaban a altas tasas de interés a la nobleza y a otros sirviéndoles esto para resguardar su status especial, cuando el rey y los nobles llegaron a estar tan endeudados, que no podían pagar sus préstamos, rehusaron pagar las deudas y expulsaron a los judíos del país.

Después de la expulsión de los judíos, los lombardos tomaron el negocio de la banca, prestando con interés y remitiendo dinero por medio de letras de cambio, a estos le era permitido cultivar sus campos como garantía de sus préstamos, combinaron las ocupaciones de orfebres, prestamistas y banqueros, Lombard street (calle Lombardo) – wall street (calle Wall)-, toman su nombre de ellos, ya hemos mencionado como Eduardo III incumplió en sus pagos a algunos de estos banqueros lombardos, llevándolos a la quiebra y causando un desastre, similar a cualquiera de las modernas crisis.

La asociación de obreros del oro, conocida como la compañía de los obreros del oro, comenzó a actuar como banco más o menos a mediados del siglo XVII, cobraba rentas a sus clientes, y teniendo cajas fuertes recibía dinero y valores para su custodia, también recibía dinero en depósito sobre el cual pagaba interés, pusieron de moda una especie de sistema de cheques para los clientes dándoles órdenes escritas sobre los lingotes de oro: es decir, prestaba dinero de los depósitos y emitían una especie de nota bancaria.

d) La época moderna: El banco de Inglaterra fue fundado en 1524, no para ayudar al comercio y negocios primariamente, pero si para proveer de fondos al gobierno, el origen de muchos bancos, antes de esa fecha y desde entonces, puede explicarse más por razones fiscales que por razones comerciales, el gobierno inglés necesitaba grandes sumas de dinero para mantenerse en guerra con Francia:

“Guillermo Patterson, un noble inglés, propuso el establecimiento de un banco que debería prestar su capital al gobierno y permitírsele la emisión de notas por el monto del préstamo; en 1694, el parlamento contrató una corporación por 10 años, conocido como el gobernador y la compañía del banco de Inglaterra, la corporación iba a prestarle al gobierno un millón doscientas mil libras esterlinas, a un interés del 8% con el derecho de emitir un monto equivalente de notas que devengaban intereses, para negociar con letras de cambio, comprar y vender monedas y barras de oro y de plata y hacer préstamos con garantías sobre mercancía, el banco de Inglaterra se diferenció de los bancos que habían aparecido antes, en que era una sociedad incorporada y era un banco de emisión, con tal institución se puede decir que se inicio la banca moderna.”¹⁹

e) Estados Unidos de América: Tempranos experimentos de banca en los Estados Unidos fueron relacionados con la emisión de notas de circulación y notas fiscales del gobierno, durante la época colonial se proyectaron muchos bancos en Nueva Escocia, con el derecho de emitir notas de moneda con garantías de la tierra, estos proyectos bancarios asumieron que si tal garantía era dada para el último pago de los pagares, era innecesario hacer pagos antes del vencimiento. “Usualmente no tenían capital

¹⁹ Thom, John. **Ob. Cit.** Pág. 133

actual pagado, si no que dependían de hipotecas como la base de su operación; este esquema de bancos hipotecarios diseñado para proveer un medio circulante, fue suprimido por el gobierno colonial inglés.”²⁰

El autor antes citado indica lo siguiente: “El primer banco de los Estados Unidos fue creado por el Congreso en 1791 teniendo como base un reporte de Alejandro Hamilton, primer secretario del tesoro, como parte de un esquema general para soportar el crédito público del nuevo gobierno, tal autorización fue objeto de muchas discusiones, porque había muchos que consideraban que el congreso no estaba facultado por la constitución para crear bancos. Fue organizado con un capital de \$10 millones de dólares divididos en 25000 acciones, el gobierno suscribió dos millones, cada accionista tenía un voto por acción, y un voto adicional por cada dos acciones más a partir de la primera. Pero no había accionista que pudieran tener más de 30 votos.”²¹

Dentro de los 20 años siguientes a su establecimiento el banco había prestado al gobierno \$ 6,200.00 cerca de dos tercios de su capital total, el préstamo de tan altas proporciones de sus fondos hizo que sus servicios al comercio y a los fabricantes e hizo difícil también el avance de préstamos temporales al gobierno, entonces requirió el gobierno que le pagara sus préstamos y como no había mercado para los bonos del mismo fue necesario que este vendiera sus acciones del banco. En 1811, la solicitud de renovación de la autorización del banco fue denegada en la casa blanca por una mayoría de un voto, a pesar del empate en el senado, y el banco entro en liquidación.

²⁰ Kirkland, Edward. **Historia económica de los Estados Unidos**. Pág. 99.

²¹ **Ibid.** Pág. 24

En 1816, se creó el segundo banco federal de los Estados Unidos que duró hasta 1836 con la elección de Jackson para presidente, quien siendo partidario de la autonomía estatal no renovó la autorización del banco, los bancos estatales que empezaron a operar a finales del siglo XVIII llegaron a ser 800 en 1837. Sin embargo, el abuso que hicieron de la emisión del papel creó una gran desestabilización al punto que en 1861, todos los bancos del estado o bancos estatales suspendieron sus pagos en efectivo. “Con el objeto de crear estabilidad bancaria y monetaria en todos los estados, el 25 de febrero de 1863 el congreso votó por una ley que se denominó “para proveer una moneda nacional”; sistema que permaneció en vigor con algunas modificaciones hasta 1913.”²²

Desde principios del siglo XX se había constituido una comisión denominada The National Monetary Commission (Comisión Monetaria Nacional) que tenía por objeto revisar las modificaciones al sistema bancario y monetario. Después de muchas discusiones y estudios el congreso de los Estados Unidos votó por la ley del 23 de diciembre de 1913 denominada Federal Reserve Act.

Las características del sistema propuesto son:

1. Todo el territorio federal está dividido en 12 distritos, de los cuales cada uno está dotado de un banco de reserva federal (Federal Reserv Bank).

²² **Ibid.** Pág. 456

2. Los state Banks (bancos estatales), los national banks (bancos nacionales, así como los “trust company (compañías fiduciarias), pueden ser Associated Banks (bancos asociados), del Banco de Reserva Federal, con base en una cuota fijada en la tasa del 6% del capital de las reservas de bancos asociados.

3. El capital de cada Federal Reserve Bank (Banco de Reserva Federal), está en consecuencia sujeto a continuas variaciones, según las cantidades de bancos asociados.

4. Los 12 bancos de reserva están sometidos al control de una oficina central en Washington, el Federal Reserve Board (Junta de la Reserva Federal), compuesta por cinco miembros de nombramiento presidencial, de la que no pueden formar parte miembros del congreso. También forman parte de esta oficina el Secretario de Estado del Tesoro así como el controller of the currency (contralor de la moneda). Paralelamente al federal reserve board, opera un órgano con funciones consultivas: el Federal Advisory Council (Consejo Consultivo Federal).

5. La dirección de los negocios de cada banco federal está confiado a un directorio de 9 miembros, de los cuales 6 son nombrados por los bancos asociados y 3 por el Federal Reserve Board, el que nombra también al presidente, el cual, teniendo las funciones de representante y hombre de confianza de ese órgano central que lleva el nombre de Federal Reserve Agent (Agente de la Reserva Federal).



Con el sistema monetario estadounidense, con el apoyo de los bancos de reserva operando en los distritos respectivos, pero ligados al sistema de reserva federal de Washington, se había unificado la política monetaria de toda la federación, respetando sin embargo la autonomía estatal-; además, con la posibilidad de variar el porcentaje de dinero en efectivo que los bancos tenían obligatoriamente en sus cajas en los bancos de reserva, el gobierno de los Estados Unidos se había asegurado siempre con la aprobación del congreso, un instrumento eficaz para combatir, tanto la depresión como la prosperidad.

La historia de la banca en el mundo es sumamente extensa, pero he mencionado los aspectos más sobresalientes en una forma muy general, para tener una idea sobre lo que ha sido la evolución de la actividad bancaria.

f) Historia de la banca en Guatemala. Periodo de la independencia hasta 1924: En este tema no se puede ser innovadores por lo que seguiremos en primer lugar los apuntes sobre el desarrollo monetario en Guatemala, del distinguido autor don Roberto Quintanilla, publicado por el Banco de Guatemala con ocasión de su 25 aniversario, y en segundo lugar la colección de libros intitulada memorias de la casa de moneda de Ignacio Solís, publicación del Ministerio de Finanzas en su colección de historia económica de Guatemala, que comprende 6 tomos.

Según Young Parke, citado por Roberto Quintana: "El clero era fuerte en Guatemala y constituía un factor de la situación política, había acumulado riquezas por muchos años y contaba con haberes valiosos cuando se le confiscaron sus propiedades en 1875.

Acostumbraba dar dinero prestado más o menos al 6% de interés, con garantía hipotecaria sobre fincas, esto último no era nada nuevo ni exclusivo del clero guatemalteco, la iglesia fue la gran prestamista durante muchos siglos en varios países antes de que aparecieran la burguesía mercantil, y es posible que el rompimiento de las reformas (revolución protestante) tenga mucho que ver con el problema ético que representaban las opiniones de Santo Tomás de Aquino y San Agustín, entre otros, frente a la realidad terrenal de la iglesia como institución beligerante en la vida política y económica.”²³

Roberto Quintana cita a Marure y Fuentes Franco, quienes según él hace referencia a dos proyectos para organizar un banco durante la vigencia de la federación: “El primero corresponde al año 1829 cuando se considero fundar un banco de estado mediante la capitalización que permitiría utilizar 200,000 pesos tomados del tristemente famoso empréstito inglés, el segundo, corresponde al año 1839, cuando se permitió algunos comerciantes de Londres establecer un Banco de Guatemala.”²⁴

El primer proyecto oficial de banco de emisión fue realizado el decreto gubernativo No. 105 el 27 de agosto de 1873, por medio del cual se fundó el Banco Agrícola Hipotecario y acto seguido se organizó una comisión compuesta de 10 miembros encargada de formular los estatutos del banco. Por estudios y sugerencias hechas por dicha comisión, se consideró oportuno que se sustituyera el banco agrícola hipotecario por uno de emisión y descuento.

²³ Quintana, Roberto. **Apuntes sobre el desarrollo monetario de Guatemala.** Pág. 158

²⁴ **Ibid.**

Consecuente con estas ideas, se emitió el Decreto 121 del 23 de marzo de 1874, por medio del cual se decretó la sustitución al banco agrícola hipotecaria por uno de emisión y de descuento que se denominaría Banco Nacional de Guatemala.

El 24 de noviembre de 1876 se acordó la liquidación del Banco Nacional de Guatemala, el 3 de marzo de 1876 se emitió el decreto 150 que vino a ser la primera disposición que decretaba al curso forzoso de los billetes.

El 3 de septiembre de 1877 fue fundado el Banco Internacional y sus reformas fueron aprobadas por acuerdo del 12 de marzo de 1884. La sociedad tendría una duración de 30 años a partir del 1º. de octubre de 1877 y podría liquidarse previa resolución de la junta directiva.

El banco colombiano fue fundado el 2 de agosto de 1878 y sus estatutos fueron firmados por sus accionistas el 12 del mismo mes y año, este era un banco de emisión y de operación generales de banca.

Con el objeto de que la circulación de billetes fuera lo más corriente y el público se acostumbrara a ello, el gobierno consideró conveniente relevar a los bancos internacionales, colombiano y de occidente, legalmente organizados y conocidos en el país, de la obligación de realizar sus pagos en moneda corriente de plata u oro, quedando en facultad de hacerlo con sus propios billetes.

Las concesiones otorgadas a dichos bancos se limitarían a los pagos y operarios que practicasen los mencionados establecimientos que desde el 6 de abril hasta el 31 de diciembre de 1875, de tal manera que el 1 de enero de 1876, quedarán establecidos sus pagos en monedas de oro o plata.

“Un curioso ejemplo del estado en que se encontraban los bancos, retrata la disposición gubernativa del 4 de septiembre de 1875, que ordenaba devolver de parte de la tesorería nacional y a favor del director del banco colombiano, la cantidad de 1,800.00 pesos que había enterado de la tesorería de la universidad, como impuesto legal de la compra que hizo de la casa de pinol y atendiendo que eran muy escasos los fondos con que contaba este último establecimiento. Los comentarios sobran, la medida de la pobreza está dada aquí.”²⁵

El 19 de septiembre de 1888, se firmó el contrato para la fundación del Banco Hipotecario de Guatemala entre el gobierno de la república de Guatemala y don Crisanto Medina.

El 20 de abril de 1891 se aprobaron los estatutos del Banco Comercial de Guatemala.

Por Decreto Legislativo número 167 del 29 de abril de 1892 se autorizó la constitución del Banco de Occidente.

²⁵ **Ibid.** Pág. 201

Por Decreto Legislativo número 175 del 5 de mayo de 1892 se autorizó la constitución del Banco Americano de Guatemala.

El Banco Hipotecario de Guatemala, fue autorizado para ser constituido por Decreto de la Asamblea Legislativa número 208 del 24 de abril de 1893.

Por acuerdo del presidente constitucional del 30 de agosto de 1893, se estableció en la capital de Guatemala un monte de piedad nacional con una caja de ahorros anexa, el monte de piedad prestaría dinero sobre prendas, cargándole un interés moderado. La junta directiva estaba encargada de señalar cada tres meses el tipo de interés para el trimestre siguiente.

Por Decreto 315 del 14 de abril de 1896, la Asamblea Nacional legislativa aprobó el acuerdo del 15 de marzo de 1896, del organismo ejecutivo, por el cual se autorizaba la fundación del Banco Urbano, Sociedad Anónima.

Resumiendo: a fines del siglo XIX, de conformidad con la fecha de los decretos gubernativos que autorizaron el funcionamiento de institución bancaria, existían los bancos siguientes:

	Bancos	Fecha Decretos
1	Banco internacional	03 de septiembre de 1877
2	Banco colombiano	02 de agosto de 1878



3	Banco de occidente	05 de mayo de 1892
4	Banco americano	05 de mayo de 1892
5	Banco agrícola hipotecario	24 de abril de 1893
6	Banco de Guatemala	15 de septiembre de 1894

Fuente: Boletín Superintendencia de Bancos. Número 30 año 2005.

En enero de 1902 fue celebrado en la ciudad de México la segunda conferencia interamericana, en la cual entre otras recomendaciones hemos de señalar la conformación de las instituciones internacionales bancarias, y la de organizar este instituto a nivel latinoamericano, ya que como se dice en su resumen no se puede negar la importante incidencia en la orientación de la política monetaria bancaria y crediticia de los países asociados, máxime de los encuadrados dentro del calificativo de subdesarrollados.

Se pensaba en ese entonces que si dicha institución llegaba a determinar normas comunes en la concepción de créditos y el cobro de comisiones, se proporcionará a la industria ventaja importante, ya que “una gran institución bancaria establecida en un gran centro comercial del continente, con sucursales en las principales ciudades de la República Americana, fomentaría entre estas sus relaciones mercantiles.

Prácticamente varias instituciones internacionales que se organizaron después de la guerra vinieron a satisfacer parte de las recomendaciones de dicha conferencia, tal como el Banco Interamericano y en forma más restringida el Banco Centroamericano.

Por Decreto 530 del 2 de mayo de 1902 se dispuso crear la inspección de bancos sin embargo, una oficina formal no parece haberse organizado hasta el 1º de julio de 1919 cuando se ordenó mediante acuerdo gubernativo establecer con domicilio en la capital de Guatemala, la llamada oficina de inspección de bancos, con el personal siguiente: un inspector con el sueldo de 3000 pesos, un oficial escribiendo con un sueldo de 1000 pesos, un portero con el sueldo de 500 pesos y 300 pesos para gastos de escritorio.

Por acuerdo del 18 de diciembre de 1920, el Presidente de la República organizó una comisión para que estudiara y formulara un proyecto de ley bancaria, el acuerdo tenía por objeto crear nuevas leyes, ya que se consideraba que había habido una gran ineficacia de las disposiciones bancarias vigentes a ese entonces. La comisión fue formada por Julio Samayoa, Ignacio G. Saravia, Arturo Nottebohm, don Eduardo Lewonsky, don Jhon Ryerson y el Licenciado don Marcial Prem entre otros.

2.1. Concepto

Según Sayers. “los bancos son instituciones cuyas deudas entendidas en el sentido de cualquier obligación, que se fija en términos de dinero generalmente conocidas como depósitos bancarios son aceptadas comúnmente como liquidación última de las deudas de otras personas.”²⁶

Para la legislación guatemalteca, de conformidad con lo que estipula el Artículo 2 de la Ley de Bancos y Grupos financieros, en su parte conducente, “...la denominación

²⁶ Sayers, Ruy. **La banca moderna**. Pág. 9

“banco” comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el mismo”, asimismo, y con relación a la actividad que realizan los bancos en Guatemala, el Artículo tres del citado cuerpo legal, estipula que los bancos autorizados conforme a esta Ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.

En breve síntesis, se puede vislumbrar que en la legislación guatemalteca se entiende por institución bancaria una entidad que se dedica a la intermediación financiera, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consisten en la captación de dinero; y que además, debe obtener la autorización de la Junta Monetaria, para poder operar dentro del territorio de la república de Guatemala; y realizar negocios de préstamo de fondos obtenidos de diversas formas. (Artículos 3, 7 y 14 de la ley de Bancos y Grupos Financieros)

Por otra parte, el Artículo 1 de la Ley de Sociedades Financieras Privadas, Decreto-Ley número 208 establece: “Las sociedades financieras son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de banco de inversión, promueven la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazos; los invierten en

estas empresas, ya sea en forma directa adquiriendo acciones o participaciones; en forma indirecta, otorgándoles créditos para su organización, ampliación y desarrollo, modificación, transformación o fusión, siempre que promuevan el desarrollo y diversificación de la producción. Solamente las instituciones autorizadas conforme esta ley podrán operar como sociedades financieras y usar en su denominación, en su nombre comercial o en la descripción de sus negocios, la palabra “Financiera” u otras denominaciones derivadas de dicho término, que califiquen sus actividades como de esta índole.

Las instituciones a que se refiere la presente ley, no podrán otorgar créditos, ni de otro modo financiar a empresas domiciliadas fuera de los países que forman la Comunidad Económica Centroamericana.”

En Estados Unidos de América si un banco no abre cuentas de cheques, pero sí da préstamos comerciales, no es un banco; porque interpretando legalmente el acta de tenencia de compañía bancarias establece que un banco no es un banco, a menos que ofrezca cuentas de cheques y haga préstamos comerciales.

2.2. Naturaleza jurídica

Históricamente, ha habido dos reformas trascendentales en la vida económica y bancaria en Guatemala. “La primera reforma, de 1924 a 1926, en la que con el objeto de rehacer y estabilizar la moneda guatemalteca, se cancelaron las convecciones

dadas a varios bancos para convertir papel moneda inconvertible y en vez de ello se creó el Banco Central de Guatemala, con el atributo de único emisor de moneda.”²⁷

La otra reforma trascendental es la reforma de 1945 en la cual “el objeto principal era apartarse de la rigidez del sistema anterior, y promover una política monetaria y crediticia, acorde con la estructura de la economía nacional.”²⁸

En la memoria del Banco de Guatemala de 1946 se indica que “el propósito era de adaptar al sistema monetario y bancario los postulados de una técnica moderna procurando estabilizar y facilitar el desarrollo del país.”²⁹

Así se concibió una reforma con una concepción unitaria, con la cual se pretendían los resultados siguientes:

- a) Un régimen monetario más flexible y funcional.
- b) Crear una institución central encargada de aplicar la política monetaria, cambiaria y crediticia.
- c) Asegurar los intereses de los depositantes, por medio del establecimiento de limitación y reglas propias a los bancos.

Con la reforma de 1945 se creó el nuevo banco central, el Banco de Guatemala, como institución netamente estatal por virtud de la suprema calidad de servicio público que significa la dirección monetaria del país, que pueda cumplir, sin los defectos

²⁷ Banco de Guatemala, Memoria de Labores, 1946. Pág. 17

²⁸ **Ibid.**

²⁹ **Ibid.** Pág. 23

estructurales del ex-banco central, la función de adaptar los medios de pagos a las legítimas necesidades del país y promover la creación y el mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía guatemalteca.

La parte fundamental de la transformación realizada en 1945 está incorporada en las 3 leyes básicas siguientes:

- a) Ley Monetaria, Decreto 203 del Congreso de la República;
- b) Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto 215 del Congreso de la República;
- c) Ley de Bancos, Decreto 315 del Congreso de la República.

La segunda reforma, se dejó prevista la posible necesidad de implantar un control de cambios o un régimen de emergencia en las transferencias internacionales por movimientos de capital; las normas quedaron previstas, y un procedimiento específico delineado, es así como vemos que en la década de 1960 hasta principios de 1971 estuvo vigente dicho régimen; y nuevamente se implantó en 1984.

Actualmente la Ley de Bancos y Grupos Financieros está contenida en el Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

2.3. Sociedad anónima especial

Los bancos son sociedades anónimas especiales. Además de tener las características de una Sociedad Anónima, deben cumplir con otros requisitos y su existencia debe ser autorizada por la autoridad, La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Un banco sólo puede constituirse como tal originariamente o por transformación de una sociedad financiera en banco.

2.4. Creación de un banco

a) Primera etapa: Presentación de la solicitud y documentación: Conforme el Artículo 2 del Reglamento para la Constitución de Bancos Privados Nacionales y el Establecimiento de Sucursales de Bancos Extranjeros, Resolución JM-78-2003 de Junta Monetaria (Reglamento), la solicitud se presentará a la Superintendencia de Bancos, debiendo contener como mínimo la información siguiente:

1. Datos de identificación personal de los organizadores y/o socios fundadores. Para el caso de personas jurídicas deberá indicar, además, los datos de identificación personal del representante legal;
2. Lugar para recibir notificaciones;
3. Denominación social y nombre comercial de la entidad en formación;
4. Exposición de motivos y fundamento de derecho en que se basa la solicitud;
5. Petición en términos precisos;
6. Lugar y fecha de la solicitud;
7. Firmas de los solicitantes, legalizadas por notario; y,

8. Listado de los documentos adjuntos a la solicitud.

La solicitud y documentos que se presenten a la Superintendencia de Bancos deberán entregarse en original, adjuntando una fotocopia simple.

Los documentos que deben presentarse son los siguientes: De conformidad con el Artículo 3 del Reglamento los interesados, adjunto a la solicitud deben presentar la documentación siguiente: a) Estudio de factibilidad económico-financiero. Dicho estudio deberá ser suscrito conjuntamente por economista y por contador público y auditor, colegiados activos. No podrán suscribir estos estudios los profesionales que trabajen en el Banco de Guatemala o en la Superintendencia de Bancos que intervengan en el estudio y en el proceso de autorización del nuevo banco, o los miembros de la Junta Monetaria. Cabe señalar que dicho estudio debe estar sustentado en datos estadísticos de fuentes confiables, para el efecto debe describirlas y documentarlas. Adicionalmente, dicho estudio debe reflejar la estrategia de negocios de la entidad, pudiendo la Superintendencia de Bancos verificar su implementación. b) Proyecto de la escritura pública de constitución (Deberá elaborarse conforme a disposiciones aplicables a este tipo de documentos); c) De los socios fundadores, organizadores y administradores propuestos:

1. Para personas individuales:

- a) Currículum vitae debidamente documentado, en formulario proporcionado por la Superintendencia de Bancos, con la información requerida en el Anexo 2 del presente manual;

- b) Declaración jurada de estados patrimoniales y relación de ingresos y egresos, debidamente documentados, en formulario proporcionado por la Superintendencia de Bancos, con la información requerida en el Anexo 3 del presente manual;
- c) Fotocopia legalizada de la cédula de vecindad, o del pasaporte en el caso de extranjeros;
- d) Fotocopia de la constancia del Número de Identificación Tributaria (NIT). En el caso de extranjeros no domiciliados en el país deberán presentar el equivalente utilizado en el país donde tributan;
- e) Constancias de antecedentes penales y de antecedentes policíacos extendidas por las autoridades de Guatemala, con no más de seis (6) meses de antigüedad a la fecha de la solicitud. En el caso de extranjeros no domiciliados en el país deberán presentar, además, las constancias equivalentes extendidas por la autoridad correspondiente al país de su residencia;
- f) Un mínimo de dos referencias personales, bancarias y comerciales recientes a la fecha de la solicitud; y,
- g) En el caso de extranjeros, certificación extendida por la Dirección General de Migración en la que se acredite su condición migratoria en el país.

2. Para personas jurídicas mercantiles:

- a) Fotocopia legalizada por notario, del testimonio de la escritura pública de constitución de la sociedad y de sus modificaciones, si las hubiere. En el caso de personas jurídicas extranjeras, el documento equivalente;

- b) Fotocopia legalizada por notario, de la patente de comercio de empresa y de sociedad, extendidas por el Registro Mercantil. En el caso de personas jurídicas extranjeras el documento equivalente;
- c) Un mínimo de dos referencias bancarias y comerciales recientes a la fecha de la solicitud;
- d) Fotocopia legalizada por notario del acta notarial, en la que conste la autorización concedida por el órgano competente, para participar como organizadora y/o accionista de la nueva institución bancaria y el monto de la inversión que se destine para ese objeto;
- e) Fotocopia legalizada por notario, del nombramiento del representante legal de la sociedad, debidamente inscrito en el Registro Mercantil. En el caso de personas jurídicas extranjeras, fotocopia legalizada por notario, del mandato inscrito en los registros respectivos, donde conste la autorización para el representante legal de ejercer las funciones y facultades que tendrá en el territorio guatemalteco, concedida por el órgano facultado legalmente de la persona jurídica extranjera;
- f) Copia del informe de estados financieros auditados por contador público y auditor externo, que incluya notas a los estados financieros e información complementaria, correspondiente a los dos ejercicios contables anteriores a la fecha de la solicitud;
- g) Nómina de los miembros del órgano de administración o de dirección, así como el currículum vitae de cada uno de sus integrantes, el cual se presentará en formulario proporcionado por la Superintendencia de Bancos con la información requerida en el Anexo 2 del presente manual;
- h) Nómina y porcentaje de participación de las personas individuales, propietarias finales de las acciones en una sucesión de personas jurídicas, que posean más del

cinco por ciento (5%) del capital pagado de la persona jurídica accionista fundadora del banco en formación. Para efectos del cómputo anterior, se sumarán las acciones del cónyuge e hijos menores de edad; y,

- i) Las personas individuales a que se refiere el numeral anterior deberán cumplir con los requisitos establecidos en el numeral 1 del presente inciso. d) Acta notarial donde conste el consentimiento expreso de la persona individual o jurídica extranjera de que se trate, para que la Superintendencia de Bancos verifique ante quien corresponda, dentro y fuera del país, la información proporcionada u obtenida, y requiera cualquier información adicional, que le permita asegurar el cumplimiento de los requisitos señalados en la literal c) del apartado de documentos del presente manual. Lo mismo se aplicará para personas de nacionalidad guatemalteca de las que se requiera verificar u obtener información en el exterior. Los documentos provenientes del extranjero que se exigen a las personas individuales o jurídicas, deberán cumplir con los requisitos que establece la Ley del Organismo Judicial. (Artículos 37 y 38). Únicamente se dará trámite a solicitudes de personas jurídicas que tengan más de dos años de operar y que sean solventes económicamente. Si se trata de una persona jurídica originada de una fusión, se computarán como años de operación los de la entidad más antigua.

En relación con la solvencia económica, el Artículo 7, inciso c), de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, establece, que la solvencia económica debe asegurar un adecuado respaldo financiero para la entidad, por lo tanto, al momento de la presentación de la solicitud se debe comprobar que los socios fundadores de un banco privado nacional o sociedad financiera privada tienen un nivel de activos y patrimonio

acorde a su responsabilidad y participación en la nueva entidad. Conforme el Artículo 6 del Reglamento, si de la revisión de la solicitud, documentación e información recibida, se establece que la misma es incompleta, o bien del análisis se determina que es incorrecta o que es necesario requerir información complementaria, la Superintendencia de Bancos lo hará saber por escrito a los interesados quienes dentro del plazo de 30 días siguientes a la notificación, deberán atender el requerimiento. Dicho plazo puede ser prorrogado ante solicitud razonada. De no atenderse satisfactoriamente el requerimiento, la solicitud quedará sin efecto y se archivará el expediente.

b) Segunda etapa: Publicación de la solicitud: Si la solicitud, información y documentación satisfacen los requisitos legales y reglamentarios, la Superintendencia de Bancos, a costa de los interesados, ordenará la publicación por tres veces en el lapso de 15 días en el Diario Oficial y en otro de amplia circulación en el país, de las solicitudes para la obtención de la autorización para la constitución de bancos privados nacionales o sociedades financieras privadas, incluyendo los nombres de los organizadores y socios fundadores, a fin de que quien se considere afectado pueda hacer objeciones ante la autoridad competente dentro de un plazo de 30 días, contado a partir de la fecha de la última publicación. Los interesados a que se refiere el párrafo anterior proporcionarán a la Superintendencia de Bancos un ejemplar de los diarios donde se incluya cada una de las publicaciones efectuadas, dentro de un plazo de cinco días, contado a partir de la fecha de la última publicación. El trámite de la solicitud quedará en suspenso en tanto no se haya solucionado cualquier objeción que se haya presentado a la misma.

c) Tercera etapa: Dictamen de la superintendencia de bancos y autorización de la junta monetaria: Luego de finalizada satisfactoriamente la etapa anterior, la Superintendencia de Bancos procederá a realizar el dictamen correspondiente asegurándose mediante las investigaciones que estime convenientes, sobre el cumplimiento de los requisitos siguientes (Artículo 7 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros):

a) Que el estudio de factibilidad presentado sea amplio y suficiente para fundamentar el establecimiento, operaciones y negocios de la entidad cuya autorización se solicita; estudio que incluirá sus planes estratégicos;

b) Que el origen y monto del capital, las bases de financiación, la organización y administración, aseguren razonablemente el ahorro y la inversión. En relación con el aporte del capital, se deberá identificar con precisión la fuente de los recursos, con base en la información financiera presentada;

De conformidad con el Artículo 16 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros el capital pagado mínimo inicial es fijado por la Superintendencia de Bancos y revisado cada año, dicho capital debe ser cubierto totalmente en efectivo.

c) Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad y responsabilidad de los socios fundadores aseguren un adecuado respaldo financiero y de prestigio para la entidad. Adicionalmente se verifica que no se tengan los impedimentos establecidos en el Artículo 13 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros;

d) Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad, responsabilidad, así como los conocimientos y experiencia en la actividad bancaria, bursátil y financiera de los organizadores, los miembros del consejo de administración y los administradores propuestos, aseguren una adecuada gestión de la entidad.

Adicionalmente se verifica que no se tengan los impedimentos establecidos en el Artículo 13 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

- e) Que las afiliaciones, asociaciones y estructuras corporativas, a juicio de la Superintendencia de Bancos, no expongan a la futura entidad a riesgos significativos u obstaculicen una supervisión efectiva de sus actividades y operaciones.
- f) Que se ha cumplido con los demás trámites, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa aplicable.

Realizados los análisis y verificaciones pertinentes, la Superintendencia de Bancos someterá a consideración de la Junta Monetaria el dictamen correspondiente. El plazo para la presentación del dictamen no deberá exceder de seis meses después de recibida satisfactoriamente la información y documentación correspondiente. La Junta Monetaria conocerá dicho dictamen en un plazo máximo de 30 días contado a partir de la fecha de su recepción y otorgará o denegará la autorización para la constitución del banco privado nacional o sociedad financiera privada, devolviendo el expediente a la Superintendencia de Bancos para que continúe con el trámite correspondiente. No obstante lo anterior, la Junta Monetaria, previo a resolver, podrá devolver el expediente a la Superintendencia de Bancos para las ampliaciones que considere pertinentes.

d) Cuarta etapa: Constitución de la sociedad e inscripción en el registro mercantil: Una vez obtenida la autorización de constitución otorgada por la Junta Monetaria; le permite a los interesados realizar gestiones ante el Banco de Guatemala para la apertura de una cuenta de depósito en donde se depositará el capital mínimo inicial de la entidad en

formación. El capital mínimo deberá estar depositado en el Banco de Guatemala previo al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la nueva entidad bancaria. Los interesados, con la certificación de la resolución de la Junta Monetaria relativa a la autorización y los comprobantes del depósito antes mencionado, procederán a formalizar la constitución de la sociedad. El testimonio de la escritura constitutiva, junto a la certificación de la resolución de la Junta Monetaria, relacionada con la autorización, se presentará al Registro Mercantil y se procederá sin más trámite a efectuar su inscripción definitiva. (Artículos 7 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros y 334 del Código de Comercio de Guatemala) Los interesados deberán presentar a la Superintendencia de Bancos fotocopia legalizada de la escritura social debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Dicha escritura deberá corresponder a la minuta que conoció la Junta Monetaria para la autorización de constitución.

e) Quinta etapa: Aviso de inicio de operaciones: El Artículo 13 del Reglamento establece que cuando el nuevo banco privado nacional, esté en condiciones de iniciar operaciones, lo comunicará a la Superintendencia de Bancos como mínimo con un mes de anticipación a la fecha prevista, la cual deberá estar comprendida dentro de los seis meses de plazo que indica el Artículo 9 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros (aplica también a sociedades financieras privadas). En caso la nueva entidad solicite ampliar el plazo indicado, deberá presentar a la Superintendencia de Bancos, por escrito, con un mes de anticipación al vencimiento del mismo, los motivos por los cuales no iniciará operaciones. La Superintendencia de Bancos podrá autorizar la prórroga del plazo por una sola vez. Previo al inicio de operaciones la Superintendencia de Bancos verificará el cumplimiento de los aspectos siguientes:

- a) Que con respecto a los miembros del consejo de administración, gerentes generales o quienes hagan sus veces, se observe estrictamente lo dispuesto en los Artículos 13, 20 y 24 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros;
- b) Que se encuentre depositado en el Banco de Guatemala, a la orden de la nueva entidad, el capital pagado a que se refiere el Artículo 16 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros;
- c) Que el local, cajas de seguridad y demás aspectos físicos presenten las condiciones indispensables para el resguardo de los intereses del público;
- d) Que los procedimientos de control interno, manuales de puestos y políticas administrativas de evaluación y control de riesgos, sean adecuados y aplicables desde el momento de iniciar operaciones, y que se encuentren aprobados por el consejo de administración o quien haga sus veces (Artículos 55, 56 y 57 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros);
- e) Que se encuentre aprobado por parte de la Superintendencia de Bancos el sistema contable a utilizar (Artículo 59 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros);
- f) Que únicamente se haya contabilizado como gastos de organización hasta el cinco por ciento del capital pagado inicial (Artículo 48 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros);
- g) Que se encuentren formalizados los contratos de servicios, arrendamientos, pólizas de seguro y de fianzas necesarios;
- h) Que se haya presentado el balance general inicial con sus integraciones;
- i) Que se haya informado a la Superintendencia de Bancos los horarios de operaciones y servicios con el público (Artículo 43 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros);

- j) Que se encuentren autorizados, habilitados y registrados los libros de actas correspondientes;
 - k) Que se encuentren autorizados y habilitados los libros de contabilidad respectivos;
 - l) Que se cuente con el registro de la Cámara de Compensación Bancaria en el Banco de Guatemala;
 - m) Que se cuente con el reglamento interior de trabajo, debidamente aprobado por la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social;
 - n) Que se presente constancia de inscripción en el Registro de Patronos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; y,
 - o) Que se haya cumplido con los demás requisitos legales y reglamentarios correspondientes.
- f) Sexta etapa: Autorización de inicio de operaciones: La Superintendencia de Bancos, después de comprobar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios correspondientes, autorizará el inicio de operaciones y ordenará la inscripción de la nueva entidad en el registro que para el efecto debe llevar.

2.5. Operaciones bancarias

Sería pretencioso querer dar un concepto o definición, que dejara satisfecho a todo el mundo, de lo que es la operación bancaria, ya que ni aun los más distinguidos tratadistas del tema se han puesto de acuerdo sobre el mismo. Por ello, hay que diferenciar la operación bancaria en general bajo un sistema moderno, de la operación bancaria bajo un sistema tradicional, entendiendo el primero como el sistema en el que

los bancos puedan realizar una serie de actividades sin tener más limitaciones que las normales, derivadas de una actividad tan delicada y tan importante como la bancaria; y el segundo como el sistema en que se ha concebido a los bancos simplemente como intermediadores del crédito.

Con este deslinde, se puede afirmar que las operaciones bancarias pueden variar, dependiendo de si las mismas están sujetas a un régimen de legalidad tradicional o rígida, o están sujetas a un sistema moderno o flexible.

Normalmente, según el sistema tradicional o rígido la ley establece expresamente cuales son las actividades que puede realizar un banco, circunscribiéndose a la actividad de intermediación crediticia.

En cambio, según el sistema moderno o flexible la ley enuncia algunas de las operaciones o actividades que pueden realizar los bancos, y deja abierta la posibilidad de que se den otras no previstas inicialmente o que los requerimientos del mundo moderno vayan demandando.

Bajo un sistema tradicional, si la ley no establece expresamente que un banco puede realizar operaciones de arrendadora financiera, este no podrá realizarlas.

En cambio, en un mismo sistema moderno, un banco si podrá realizarlas, aunque no este así establecido expresamente por la ley.

El actual sistema bancario guatemalteco es según las autoridades gubernamental tradicional o rígido; y, en consecuencia, los bancos solo pueden realizar las actividades que expresamente establece la ley.

a) Operación e intermediación: Según el autor Roberto Marcase, “las operaciones de intermediación pueden ser puras o mixtas, cuando la intervención del banquero es un servicio de intermediación que no le hace asumir ningún riesgo crediticio, estamos hablando de una intermediación pura, por ejemplo, la cobranza.”³⁰

Cuando la intervención del banquero representa a la vez un servicio y crédito (aunque no sea por caja), sino por firma (por ejemplo el aval), se trata de una intermediación mixta.

Hay riesgos en ambas intermediaciones. Los principales son “Eventual mala fe de las partes; y el error propio.”³¹

Se puede decir, que la intermediación crediticia y financiera de un banco, es esa actividad que realiza de captar recursos financieros y de conceder créditos con esos mismos recursos.

La posibilidad que un sistema bancario pudo realizar su importante labor y objeto de intermediario crediticio y financiero, depende directamente de los medios e instrumentos que tenga para operar en relación a la captación de recursos y a la

³⁰ Marcase, Roberto. **El banco nuestro de cada día**. Pág. 83

³¹ **Ibid.**

concesión de créditos, es decir, que los bancos deben tener la mayor posibilidad de captar recursos externos y la mayor facilidad para conceder créditos necesarios e indispensables para el desarrollo de su comunidad y de la comunidad internacional.

Hace muchos años, cuando la población era mucho menor e iniciaban sus actividades las personas que fueron precursoras de la banca de hoy, los tenedores de recursos los daban a los bancos muchas veces en razón de la seguridad que les ofrecía el poderlos tener depositados en ellos, conforme fueron evolucionando los pueblos fueron dándose otras muchas razones para entregar sus recursos a la banca, si es que así pueden llamárseles; por ejemplo, unas instituciones empezaron a prestar el servicio de transferencia de fondos o emisiones de cheques, principalmente derivados de los peligros de trasladar grandes cantidades de valor (monetarios) de un lugar a otro, especialmente por los robos y asaltos.

En la actualidad, esos riesgos relativamente se siguen dando en otro contexto, pero hay muchas y grandes diferencias económicas, políticas y sociales; por ejemplo, más población, más recursos, más actividades, más fuentes de recursos, etc.

Los bancos actualmente cumplen una función muy importante al igual que antaño y aún así en Guatemala igual que en muchos otros países, no todos los fondos del mercado (excluyendo los destinados al consumo) son trasladados a su disposición directamente. Casi todos los fondos del mercado si llegan a ellos. lo importante es resaltar que los bancos no captan directamente todos los recursos porque existen otras persona que los

captan, dado que por diferentes medios de captación que no son el depósito, atraen fondos para ellas.

Como se sabe, los depósitos en los bancos están sujetos a encajes bancarios, que quiere decir que por cada cien unidades monetarias que se depositan en una institución bancaria, ésta está facultada para disponer de un porcentaje de ella y concederla en crédito a un X o Y personas que la necesitan y quién pagará un precio (interés) por esas unidades monetarias que le fueron concedidas en calidad de crédito.

La diferencia entre lo que la institución bancaria percibió en pago por la utilización de dichas unidades monetarias concedidas como crédito y lo que el banco mismo pagó al propietario de dichas unidades monetarias, se le llama margen de intermediaciones, o sea, es la diferencia entre la tasa de interés percibida del deudor y la tasa pagada al depositante.

Actualmente las personas pueden disponer de sus recursos monetarios dándolos a instituciones bancarias o no bancarias, con el objeto de percibir algunas ganancias, la decisión de a quien entregárselos dependerá del precio que le pagaran por su dinero y el riesgo que tendrá; así la persona podrá depositar sus fondos en un comercial, comprar un bono de una financiera, o dar sus fondos a una institución no bancaria que le pague una mayor tasa de interés, probablemente tomando un mayor riesgo.

La institución bancaria, en su caso, podrá disponer de dichos fondos, concederlos en calidad de créditos, de conformidad con regulación expresas para la banca, mientras

tanto que las entidades no bancarias también dispondrán de dichos fondos para distintas actividades y entre otras pudieran ser las mismas las de conceder créditos o financiamientos por algunos medios no tradicionales en la banca, teniendo mayores ganancias que la que está pagando a su acreedor y con la consecuencia de un encarecimiento del costo financiero del usuario de dicho fondo.

Para que los bancos puedan captar todos los recursos disponibles en el mercado, deben tener la adecuada flexibilidad para ofrecer diversas opciones con diversa calidad de riesgos y ganancias, para poder captar una mayor cantidad de recursos y poderlos devolver a esos mercados en calidad de créditos u otros mecanismos financieros, para estar en capacidad de apoyar el desarrollo de cualquier país.

El hecho de que los bancos tengan que ser especializados, generalmente implica mayores gastos administrativos que los que generaría o causaría una sola institución bancaria que pudiera realizar las distintas operaciones especializadas, ya que como dijo el Licenciado Miguel Mancera Aguayo, en el primer ciclo de conferencia de alto nivel de la Comisión Nacional Bancaria y Seguros de México, indica lo siguiente: "Los asuntos administrativos elevados propician un diferencial grande entre tasa pasiva y tasas activas; ahora bien, una imagen de intermediación amplio conduce a la pérdida de captación bancaria en favor de otros mecanismos financieros más atractivos en esas circunstancias para los demandantes y oferentes de fondos en el mercado de dinero y de capital"³².

³² **Ibid.** Pág. 145

Un alza en el margen de intermediación, es decir, un aumento en las tasas de interés que cobren los bancos de crédito, puede llevar consigo que las empresas no bancarias emitan obligaciones tales como los debentures, pagares o algún otro documento por medio del cual puedan captar fondos a un costo menor, con el relativo riesgo para los que inviertan en dichos documentos de no tener generalmente como deudora a una entidad con una solidez similar a la de un banco debidamente manejado y que tiene tras de él la supervisión del Estado a través de la Superintendencia de Bancos.

Según el autor Roberto Marcase, “el nivel absoluto de las tasas de interés, depende principalmente de factores ajenos en todo o en parte a las instituciones de crédito, tales como: La disposición del público al ahorro, la incertidumbre, el índice de inflación, las tasas de interés extranjeras, la política monetaria cambiara y las disposiciones legales en vigor. Por otra parte, también recuerda que las tasas de interés elevadas en términos reales son favorables para los ahorradores, en esas condiciones, la consecuencia de la eficiencia en materia de precios, en la industria bancaria no puede verse simplemente como un proceso de disminución o de elevación de las tasas de interés, debe verse más bien, como bien de una tendencia a reducir margen de intermediación.”³³

Las instituciones de crédito se enfrentan a una fuerte concurrencia para captar depósitos, y no solo tienen que luchar entre sí, sino también tiene que hacerlo contra una gran variedad de competidores.

³³ **Ibid.** Pág. 147

Uno de ellos, quizás el más temible, es el consumismo, opción de fuerte atractivo para el público, especialmente en países en donde la frugalidad por excepción, se considera virtud y en donde se invita al consumo superfluo a través de toda clase de medidas.

Probablemente el consumo sea el competidor más fuerte del depósito bancario, pero no el único, existen otras opciones de inversión financiera, en el país y en el exterior, así como la posibilidad de inversión en activos físicos, por ejemplo, la construcción de bienes raíces.

Si los bancos por una o por otra razón no pueden ofrecer en sus operaciones pasivas, rendimientos suficientes para lograr la captación de recursos líquidos, seguramente estos se dirigirán a destinos alternativos, se producirá en tal caso el fenómeno llamado desintermediación con graves consecuencias para la economía de un país; "Trae consigo la contracción de la oferta de financiamiento bancario en perjuicio de todos los sectores que directa o que indirectamente requieren del crédito institucional por no tener acceso en lo absoluto o en lo suficiente, a otras fuentes de recursos."³⁴

b) Actos y operaciones prohibidas para los bancos: Los actos y operaciones prohibidas para los bancos estarán más o menos expresados, según el sistema bancario que los rijan, ya que en un sistema rígido los bancos solo podrán realizar las actividades que expresamente establezca la ley; a contrario sensu, cualquier actividad que no está prevista por la ley les estará prohibida.

³⁴ **Ibid.** Pág. 149

En cambio, en el sistema moderno o flexible, la ley enuncia las actividades que puede realizar un banco, y da los parámetros bajo los cuales, en un momento dado, se puede establecer si tal o cual actividad son un acto u operación permitidos por la ley o si de alguna manera están prohibidos.

Se pueden agrupar las prohibiciones a que están sujetos los bancos con el siguiente criterio:

- a) En relación con la materia, se refiere a aquellos actos y operaciones, que debido a la naturaleza de la actividad bancaria, no le son permitidos a los bancos. Por ejemplo, en un sistema rígido, obviamente no pueden realizar operaciones que no estén expresamente permitidas. En un sistema flexible, no pueden intervenir en negocios que no sean financieros.
- b) En relación con la seguridad y liquidez de la institución, generalmente es el Estado el partícipe, en mayor o menor grado, en la actividad y control de las actividades de las instituciones bancarias.

En la legislación guatemalteca, se puede mencionar las prohibiciones siguientes:

- a) Admitir en garantía o adquirir sus propias acciones, y conceder créditos que tengan por objeto capacitar a una persona o entidad para pagar, total o parcialmente, la suscripción de tales acciones;
- b) Adquirir o conservar la propiedad de bienes raíces o muebles que no sean necesarios para el uso de la institución;

c) Los gastos de organización e instalación de un nuevo banco no podrá exceder del 20% de su capital inicial, tales gastos deben quedar amortizados dentro de un periodo no mayor de cinco años, con el objeto de evitar una reducción de capital durante dicho periodo, los estatutos de los bancos podrán permitir hacer figurar al final de cada ejercicio como un activo, la parte que se halla pendiente de amortización.

Con este tipo de prohibición lo que se persigue básicamente es que las instituciones bancarias sean estables y tengan siempre disponibilidad para entender a todos los depositantes e inversionistas que han confiado en ellas; por otra parte, también se persigue la propia seguridad del país, ya que, en este mundo moderno, la actividad mundial, y los bancos nacionales son instituciones fundamentales de cada país.

Así se dice que para acertar en cierta forma sobre cuál es la estabilidad de un país hay que conocer sus instituciones bancarias y tener una idea o noción de cuál es su situación financiera y su estado de liquidez, en relación con las instituciones extranjeras de la misma naturaleza.

2.6. Clasificación de los bancos en Guatemala

Debido a la diversidad de actividades que se desarrollan en la banca guatemalteca, los bancos se clasifican de acuerdo a la función específica, o prestación de servicios de cada uno de ellos; inicialmente el Banco de Guatemala, por mandato constitucional tiene sus funciones propias así como la Junta Monetaria y la Superintendencia de



Bancos, con respecto a la clasificación de los bancos de acuerdo a la función que realizan, se pueden mencionar los bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de capitalización, bancos comerciales e hipotecarios o mixtos, bancos fiduciarios, sociedades financieras privadas, almacenes generales de depósito, empresas de seguros, compañías afianzadoras, casas de bolsa, tarjetas de crédito, entidades fuera de plaza (off shore) y el Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas (FHA).

CAPÍTULO III

3. Superintendencia de Bancos

Durante mucho tiempo, los supervisores, han basado su modelo de supervisión bajo un enfoque tradicional en el que, principalmente, verifican el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria, esencialmente aquélla relacionada con la liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

No obstante, las mejores prácticas de supervisión a nivel internacional se orientan a la adopción de un enfoque de Supervisión Basada en Riesgos (SBR). Dicho enfoque permite al supervisor evaluar y dar seguimiento a los diversos riesgos, financieros y no financieros, que son inherentes y relevantes a las entidades supervisadas -en función de su tamaño y complejidad- antes que éstos afecten su situación financiera y operativa. Lo anterior, con el objeto de evaluar que los sistemas de gestión de riesgos de las entidades financieras les permiten identificar, medir, monitorear y controlar los riesgos.

La supervisión basada en riesgos constituye un enfoque que interrelaciona elementos cuantitativos y cualitativos propios de las entidades, en los cuáles se incorporan aspectos importantes, tales como los requerimientos mínimos de capital, la implementación y ejecución de un buen gobierno corporativo y el cumplimiento de políticas orientadas a una adecuada disciplina de mercado. Con lo cual, al incorporarle aspectos del ambiente económico y los factores de riesgo potenciales para el sistema

financiero, es posible efectuar una evaluación integral por entidad, por grupo consolidado y a nivel del sistema, con el fin, entre otros, de evitar o mitigar cualquier riesgo sistémico, permitiendo que la acción del supervisor sea antes que se manifieste cualquier incumplimiento, orientando los recursos de supervisión a aquellas entidades que presenten un perfil de riesgo que las haga vulnerables y que por lo tanto requieran una supervisión más profunda, desarrollando planes de mitigación que las conlleven a minimizar su alta exposición al riesgo.

Al respecto, el comité de supervisión bancaria de Basilea, ha emitido principios para llevar a cabo una supervisión bancaria eficaz, entre los cuales existen aspectos relacionados con la gestión de riesgos.

En conclusión, la aplicación de una supervisión basada en riesgos (SBR) contribuirá al avance hacia el cumplimiento de los principios básicos para una supervisión bancaria efectiva emitidos por el comité de supervisión bancaria de Basilea, así como de otros estándares internacionales, lo que redundará en el fortalecimiento, confianza y desarrollo competitivo de los sistemas financieros nacional e internacional.

3.1. Evolución en Guatemala

A nivel nacional e internacional los procesos de supervisión han mostrado cambios con el objeto de adaptarse a las condiciones existentes. A continuación se presenta un resumen de dicha evolución:

a) Etapa de verificación formal de la normativa: En ésta etapa las regulaciones administrativas tenían un carácter netamente intervencionista, determinando y fijando con un gran nivel de detalle no sólo lo que las entidades de crédito podían hacer, sino también como debían hacerlo, hasta el punto que los gestores bancarios tenían poco margen de maniobra y se limitaban en muchos casos a aplicar la normativa para desarrollar su actividad. Como ejemplo se pueden citar las normas relativas a la intermediación financiera, donde se regulaban en detalle y de manera taxativa las tasas de interés aplicar a las operaciones, tanto activas como pasivas, así como en una medida significativa, el tipo de inversiones a realizar de manera obligatoria.

Este tipo de régimen legal, denominado con precisión el intervencionismo administrativo, condicionaba lógicamente la supervisión en el sentido de que el objetivo fundamental de ésta y las tareas a desarrollar estaban claramente centradas en la verificación del cumplimiento de la normativa, con un enfoque en el que predominaba la forma sobre la sustancia, al exigirse que las normas se cumplieran literalmente, sin atender al espíritu que las inspiraba.

En ese mismo sentido, se prestaba realmente atención a los incumplimientos, abriéndose expedientes disciplinarios o la imposición de sanciones, no realizándose realmente valoraciones profundas sobre la situación de la entidad en cuanto a solvencia y rentabilidad y, mucho menos aún, en cuanto a riesgos.

Por otra parte, “los organismos encargados de la supervisión no tenían una gran experiencia en estas materias, al ser una cuestión relativamente novedosa.”³⁵ De hecho, en la mayoría de los casos, ni siquiera tenían personalidad jurídica propia, al tratarse de departamentos dentro de instituciones como el banco central o ministerios con competencias financieras.

La conjunción de todos estos factores con momentos de debilidad financiera, no podía tener otro resultado que crisis bancarias muy significativas, al no estarse en absoluto realizando supervisión financiera realmente, sino más bien una supervisión de cumplimiento de disposiciones legales.

Como consecuencia de ello, los países fueron cambiando sus sistemas de supervisión, tanto en lo que se refiere al marco regulatorio como a las tareas de supervisión, con un enfoque diferente; sin embargo, todavía quedan restos significativos de esta concepción en algunos países, sobre todo en lo que se refiere a la actitud con la que se afrontan las cuestiones, al prevalecer los aspectos de forma sobre la sustancia.

b) Etapa de verificación contable o auditoría: Esta etapa se produce como consecuencia especialmente de la reflexión suscitada con motivo de las crisis bancarias. Influyó fuertemente el hecho de que en muchas crisis bancarias se había ocultado o falseado la información por parte de las entidades, tanto la de carácter público como la reservada para el supervisor.

³⁵ Memoria de labores del banco de Guatemala, 2008. Pág. 8

Lo anterior, llevó a la conclusión de que era necesario centrar los esfuerzos en la verificación de la información, sobre todo la de naturaleza contable, con el fin de evitar que la información no fuera confiable y las crisis y los problemas permanecían ocultos hasta que era demasiado tarde para tomar alguna medida correctora.

Simultáneamente, la experiencia y capacitación de los supervisores se desarrolló notablemente, como consecuencia, ciertamente, del paso del tiempo y de las amargas lecciones proporcionadas por las crisis, pero también a causa de la incorporación de nuevo personal, expresamente seleccionado para estas tareas, por un lado y del desarrollo de nuevos esquemas para hacer frente a las crisis. Por otra parte, esta es la época en la que se crean y desarrollan muchos de los esquemas actuales para hacer frente a las crisis, como los fondos de protección al ahorro, la intervención de las entidades mediante el nombramiento de delegados o la remoción de los administradores.

Paralelamente, en esta misma época se desarrollan las primeras normas de carácter realmente prudencial, como los esquemas de exigencia de capital en función del tipo de actividad y no de la cifra de acreedores o depositantes. Pese a la clara mejora que suponía la adopción de este tipo de enfoque sobre el pasado, subsistían todavía en esta concepción una serie de cuestiones que hacían que la supervisión no fuera realmente eficiente.

Así, la gran atención prestada a la fiabilidad de la información desenfocó en gran medida su verdadero objeto, al centrarse más en la determinación de la situación

actual, sobre todo en términos de cifras e importes, que en el conocimiento de la situación en cuanto a realizar un análisis de las causas y una detección de las tendencias que permitieran prever con antelación suficiente posibles crisis futuras.

En estos entornos, no era raro que se identificara una buena supervisión, tanto a nivel institucional como personal, con el descubrimiento de minusvalías o saneamientos no contabilizados, sobre todo en el ámbito de la inversión crediticia, considerando mejor la supervisión cuanto mayores fueran las cifras de los ajustes resultantes y tratando como fracasos aquellos casos en los que no se hubieran detectado desviaciones cuantitativas importantes.

Todo ello, junto a los residuos formalistas de la etapa anterior, todavía significativos, lleva a una supervisión de verificación de cumplimiento, en este caso fundamentalmente contable, con escasas o nulas potencialidades para la prevención de las crisis bancarias.

Por otra parte, no es tampoco de extrañar que la actitud de los bancos fuera poco colaboradora con el supervisor, al que veían, como un agente extraño centrado en la detección de errores y anomalías seguidas de sanciones y/o en el establecimiento de normas que dificultaban o impedían, sin necesidad a su juicio, un desarrollo eficiente del negocio, pero que no compartían realmente sus preocupaciones de gestión ni le aportaban ideas o conocimientos útiles en este sentido.

c) Etapa de supervisión basada en riesgos: A mediados de la década de los ochenta, se empiezan a registrar los primeros movimientos significativos en cuanto a superar las deficiencias observadas en los esquemas de regulación y supervisión vigentes en aquel momento, a los que no son ajenos, obviamente la aparición de crisis bancarias.

Así, en el ámbito regulatorio, se afirma ya claramente la presencia de normas con un carácter netamente prudencial y preventivo, destacando entre ellas las relativas a la adecuación de capital, cuyo paradigma es el acuerdo de capital de Basilea, basando su determinación en la equivalencia entre el capital computable y las posibles pérdidas extremas que pueden derivarse de los riesgos financieros asumidos.

Estas normas tienen como característica común la concepción de la actividad bancaria como una actividad de riesgo y centran sus esfuerzos en la medición y control del riesgo, bien sea mediante la exigencia de capital o mediante otros mecanismos de control, como la imposición de límites.

En este sentido, se abandona, al menos nominalmente, la concepción del riesgo como elemento negativo a evitar y se pasa a concebirlo como una materia prima de actividad financiera, en cuanto material de trabajo que las entidades gestionan, aportando así valor añadido al sistema económico.

Así, términos y conceptos como cobertura y "provisión se empiezan a ver sustituidos por gestión y valoración de posiciones y se habla cada vez más también de la estrecha

relación entre la solvencia y la rentabilidad y el riesgo, con nuevos conceptos como capital regulatorio o provisiones estadísticas.”³⁶

De manera más específica, los esquemas de supervisión empiezan a abordar el tratamiento de los riesgos financieros de una manera sistematizada teniendo en cuenta todas sus características y posibles efectos en los diferentes ámbitos, como la solvencia y la rentabilidad, adoptándose de manera gradual posturas mucho más técnicas en este sentido. En este contexto, es conveniente mencionar que las fases básicas de tratamiento de cualquier riesgo son: “a) Identificación del riesgo y sus factores; b) Medición del riesgo en sus diversas variables; y, c) Control del riesgo.”³⁷

A partir de aquí, en cuanto a lo que se refiere al ámbito de las prácticas de supervisión, se entiende que la supervisión debe cambiar el foco de sus actuaciones, centrándolas en el análisis y evaluación de los riesgos asumidos por las entidades más que en la información contable generada, recibiendo de esa manera la denominación de supervisión basada en riesgos.

El primer aspecto clave de la supervisión, especialmente cuando se desea que tenga un carácter prudencial y, sobre todo, preventivo, es el conocimiento de las entidades, no sólo en lo que se refiere a su situación actual, sino también a su probable evolución futura. El conocimiento de las entidades debe seguir abarcando cuestiones clave como la solvencia o la rentabilidad, por tradicional que sea la fijación de estas variables como objetivos analíticos.

³⁶ **Ibid.** Pág. 10

³⁷ **Ibid.**

Además, hay otra serie de cuestiones cuyo conocimiento es asimismo importante, como el ámbito de operación en sus diversas perspectivas o el ambiente de control o el entorno, que completan la información y el conocimiento obtenidos del ámbito financiero y de la gestión de riesgos, ayudando así a tener una visión completa de conjunto de carácter multifacético.

El segundo aspecto clave de la supervisión, que suele ser objeto de interpretaciones equivocadas, es la falta de consideración de la dicotomía equilibrada que debe existir entre el ámbito cuantitativo y el cualitativo, pareciendo que la supervisión basada en riesgos tiene que tener un componente mayoritariamente cuantitativo, al concebirse el análisis y control del riesgo como un ejercicio fundamentalmente estadístico o matemático, cuando no es realmente así, ya que las perspectivas cualitativas tienen una importancia crucial en este entorno.

La necesidad de corregir este error ha llevado a la conveniencia de acuñar un nuevo término para recoger las tareas de supervisión centradas en el ámbito cualitativo de las entidades, la llamada supervisión cualitativa, la cual pone énfasis en la evaluación y conocimiento del modo en que la entidad gestiona su actividad, especialmente en lo que se refiere al control y gestión de riesgos, analizando las políticas existentes y las metodologías y procedimientos aplicados, pero también en todos los demás aspectos relevantes, incluyendo los objetivos tradicionales de solvencia y rentabilidad. En resumen, una verdadera y efectiva supervisión basada en riesgos se caracteriza por: “Enfocarse en el conocimiento profundo de la situación de la entidad en un sentido dinámico, incluir la evaluación y el conocimiento de los diferentes riesgos financieros

asumidos por las entidades y no olvidar el ámbito financiero para poder tener un conocimiento completo de las entidades, modernizando, eso sí, la forma de su determinación y análisis.”³⁸

Considerar tanto los aspectos cuantitativos como los cualitativos, intentando obtener una visión de la situación que considere de manera armónica ambas perspectivas. Algo importante es que la supervisión basada en riesgos no puede concebirse en absoluto como un ejercicio mecánico, ni en lo que se refiere a la ordenación y ejecución de las tareas de supervisión.

El ejercicio de la supervisión basada en riesgos debe hacerse, tanto a nivel institucional como de profesionales, sobre la base de una definición clara de los objetivos y una ordenación racional de los medios, debiendo aportar las personas una capacidad de juicio notable para adecuar los medios disponibles a las circunstancias de la entidad a estudiar, de manera que sea factible alcanzar los objetivos establecidos en un tiempo y forma razonable y que la comunicación interna de los resultados de las tareas a nivel institucional sea efectiva.

Debe resaltarse, el gran cambio que puede suponer el modo de relación del supervisor con el supervisado, que no puede basarse únicamente en la exigencia constante basada en la normativa, sino en un entendimiento mutuo originado en el interés común por la buena marcha de la entidad, en la apreciación de las respectivas capacidades profesionales y en una adecuada comprensión de las responsabilidades y facultades de

³⁸ **Ibid.** Pág. 11

cada parte, dejando el marco regulatorio como una obligada referencia de fondo para todos y el poder disciplinario como un mecanismo fundamentalmente disuasorio, no punitivo en sí mismo.

d) Etapa de supervisión basada en riesgo del supervisor: Esta etapa es, por lo menos hasta el momento, la última y más moderna que puede considerarse en el sentido de desarrollo, tanto conceptual como histórico, de la supervisión. La clave de esta clase de supervisión es a partir de la base de cuáles son los riesgos del supervisor para, desde de ahí, establecer los mecanismos oportunos para su medición y, finalmente, aplicar los recursos de supervisión a los casos en función del riesgo que presenten para el supervisor.

La supervisión basada en el riesgo del supervisor presenta una diferencia clara con la supervisión basada en riesgos, ya que la medición del riesgo, se realiza en el primer caso en términos del supervisor y en el segundo caso en función de la entidad, difiriendo por tanto los sujetos.

A su vez, el enlace entre una y otra concepción es claro, o sea el riesgo, pero no sólo en una aceptación superficial derivada del uso de la misma palabra o concepto, sino en un sentido más profundo, ya que el riesgo del supervisor se determina en función del riesgo de la entidad, como una función de segundo grado.

La supervisión basada en el riesgo del supervisor necesita como presupuesto de partida que exista una supervisión basada en riesgos efectiva, tanto en la parte teórica

como en los aspectos prácticos, de lo contrario, hay un riesgo alto, de que no sea efectiva e, incluso, que perturbe y distorsione una adecuada implantación de la supervisión basada en riesgos.

3.2. Condiciones para la supervisión bancaria

Conforme a los principios básicos para una supervisión bancaria efectiva, emitidos por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, en septiembre de 1997, “un sistema de supervisión bancaria efectivo debe basarse en una serie de elementos externos o condiciones previas.”³⁹ Aunque en la mayoría de los casos se encuentran fuera de la jurisdicción de los supervisores, en la práctica estas condiciones, repercuten directamente en la efectividad de la supervisión. Si hay inconvenientes, los supervisores deben lograr que el gobierno los reconozca y tome conciencia de las consecuencias negativas, reales o potenciales, que pueden ocasionar para los objetivos de supervisión. Los supervisores también deben reaccionar, como parte de su proceder habitual, con el objetivo de mitigar los efectos de esos inconvenientes sobre la eficiencia de la regulación y supervisión bancaria. De conformidad con la Memoria de labores del banco de Guatemala, algunos de los elementos externos son:

1. Políticas macroeconómicas sólidas: “Deben constituir la base de un sistema financiero estable.”⁴⁰ Esto no se encuentra dentro de la competencia de los

³⁹ **Ibid.** Pág. 12

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 13

supervisores bancarios; no obstante, deben reaccionar si perciben que las políticas existentes están mermando la solidez y seguridad del sistema bancario.

2. Infraestructura pública bien desarrollada: Necesita cubrir los siguientes servicios que, si no se prestan adecuadamente, pueden contribuir de manera significativa a desestabilizar los sistemas financieros y a los mercados o a frustrar sus mejoras: “a) Un sistema de leyes comerciales que incluya leyes corporativas, de quiebra, contractuales, de protección al consumidor y de propiedad privada y que se apliquen sistemáticamente y provean un mecanismo para la resolución justa de controversias; b) principios y reglas contables completos y bien definidos que tengan una amplia aceptación internacional; c) Un sistema de auditorías independientes para empresas de gran tamaño, para garantizar que los usuarios de los estados financieros, incluidos los bancos, tengan la seguridad de que las cuentas presentadas reflejan de manera cierta y justa la posición financiera de la empresa y que son preparados conforme a los principios contables establecidos, siendo los auditores responsables de su trabajo; d) Un poder judicial eficiente y autónomo y profesiones contables, jurídicas y de auditoría bien reguladas; e) Normas bien definidas que rijan y adecuada supervisión de otros mercados financieros y, cuando sea apropiado, de sus participantes; y, f) Un sistema de pagos y compensaciones seguro y efectivo para la liquidación de operaciones financieras, en el que se controlen los riesgos de contraparte.”⁴¹

⁴¹ **Ibid.**

3. Disciplina de mercado efectiva: Depende en parte del adecuado flujo de información a los participantes del mercado, al igual que de incentivos financieros apropiados para recompensar a las instituciones bien administradas y de convenios que aseguren que los inversionistas no se aíslen de las consecuencias de sus decisiones. “Entre los asuntos a tratar se encuentran el gobierno corporativo y también asegurarse que los deudores brinden información precisa, relevante, oportuna y transparente a los inversionistas y prestamistas. Las señales del mercado pueden verse distorsionadas y la disciplina socavada si los gobiernos intentan influenciar o suplantar las decisiones comerciales, particularmente las decisiones de otorgar préstamos, para alcanzar objetivos de política pública.”⁴²

En estas circunstancias, es importante que, si estos préstamos están respaldados por garantías, éstas sean reveladas y sean realizados acuerdos para compensar a las instituciones financieras cuando la política de préstamos deje de aplicarse.

4. Red de seguridad pública: En general, la decisión sobre el nivel adecuado de protección sistémica es una cuestión política que deben resolver las autoridades pertinentes (incluido el banco central), particularmente cuando pueda traducirse en un compromiso de fondos públicos. Los supervisores normalmente tendrán que desempeñar un papel, debido a su conocimiento en profundidad de las instituciones involucradas. Es importante hacer una clara distinción entre el papel de la protección sistémica (o red de seguridad) y la supervisión diaria de las instituciones solventes. “Cuando se tratan asuntos sistémicos, es necesario abordar, por un lado, los riesgos

⁴² **Ibid.**

sobre la confianza en el sistema financiero y el contagio a instituciones que, por lo demás, son sólidas, y, por otro lado, la necesidad de minimizar la distorsión de las señales de mercado y la disciplina.”⁴³

En muchos países, dentro del marco de la protección sistémica hay un sistema de seguros de los depósitos. Siempre que ese sistema se diseñe cuidadosamente para limitar el riesgo moral, su presencia puede contribuir a la confianza del público en el sistema y, de ese modo, limitar el contagio de los bancos en problemas.

a) Principios de regulación: Para que el enfoque de supervisión basada en riesgos se pueda desarrollar en la práctica, los supervisores deben apoyarse en cuatro principios básicos relacionados con: a) la calidad de los participantes del mercado; b) la calidad de información y análisis que respalda las decisiones de las entidades supervisadas; c) la información que revelan las entidades supervisadas para que otros agentes económicos tomen decisiones; y, d) la claridad de las reglas del juego.

1. Principio de idoneidad (calidad de los participantes del mercado): Si se desea que los sistemas gocen de solidez e integridad, entonces es necesario asegurar que quienes operan en el mercado sean personas de solvencia moral, económica y que demuestren capacidad de gestión, con lo cual, se busca verificar que la dirección de las entidades supervisadas esté en manos de personas idóneas.
2. Principio de prospección (calidad de información y análisis empleado por las entidades supervisadas): “Este principio consiste en tener una visión prospectiva de

⁴³ Ibid.

los riesgos que enfrentan las entidades supervisadas.”⁴⁴ Así el énfasis está puesto en la necesidad de aplicar sistemas que les permitan identificar, medir, controlar y monitorear sus riesgos de una manera eficiente; para el efecto, las entidades tienen la libertad para implementar los sistemas que crean más convenientes, pero el supervisor establece los parámetros mínimos que deben observarse para garantizar un manejo prudente de los riesgos a que están expuestas.

3. Principio de transparencia (proporcionar información para que otros agentes económicos tomen decisiones): “Los clientes, supervisores, analistas e inversionistas requieren de información proporcionada por las entidades supervisadas para poder tomar sus decisiones.”⁴⁵ Para que las decisiones sean óptimas y fomenten una disciplina de mercado, se requiere que la información sea correcta, confiable y oportuna.
4. Principio de ejecutabilidad: “Este principio persigue que las normas dictadas sean de fácil comprensión, exigibles y que puedan ser supervisadas.”⁴⁶ En primer lugar, las normas deben ser de carácter general, es decir, deben basarse en la exigencia de lineamientos generales y en la definición de parámetros mínimos, dejando un margen prudencial para la toma de decisiones por parte de las entidades supervisadas; en segundo lugar, dichas normas deben estar bien acotadas, es decir, deben tener un ámbito de acción claramente definido y éste debe girar en torno a algún riesgo en particular; en tercer lugar, las normas deben ser claras, evitando dejar lugar a interpretaciones erróneas; y en cuarto y último término, las normas deben establecer metas que puedan ser cumplidas.

⁴⁴ **Ibid.**

⁴⁵ **Ibid.** Pág. 14

⁴⁶ **Ibid.**

- c) Principios de supervisión: Los principios de regulación arriba indicados demandan un estilo de supervisión dinámico y flexible, que se adecue a las características de cada entidad supervisada; en esta dirección, la superintendencia de bancos busca poner en práctica una supervisión especializada, integral y discrecional.
1. Especializada: Significa que “se implemente un enfoque de supervisión por tipo de riesgo”⁴⁷ ello implica contar con personal especializado en la evaluación de los diversos tipos de riesgo, tales como riesgo de crédito, de mercado, de tasa de interés, de tipo de cambio, operacional.
 2. Integral: Con el objetivo de generar una apreciación sobre la administración de los riesgos por parte de las entidades supervisadas.
 3. Discrecional: “El contenido, alcance y frecuencia de la supervisión debe estar en función del diagnóstico de los riesgos que enfrenta cada entidad supervisada.”⁴⁸

La interrelación entre las precondiciones para una supervisión bancaria efectiva, los principios de regulación y los principios de supervisión.

3.3. Objetivo de la Superintendencia de Bancos

Se pueden considerar como objetivos generales o principales de la supervisión basada en riesgos los siguientes:

- 1) Lograr con mayor eficiencia la misión de la superintendencia de bancos;

⁴⁷ **Ibid.**

⁴⁸ **Ibid.**

- 2) Acompañar de mejor forma el desarrollo y complejidad de los mercados;
- 3) Ir con la tendencia internacional, pasando de lo conceptual y empírico, hacia sistemas de supervisión basada en los riesgos; es decir, trascender de una supervisión tradicional hacia una supervisión moderna basada en los riesgos asumidos por las entidades supervisadas;
- 4) Incentivar el fortalecimiento de los sistemas de gestión de riesgos en las entidades bancarias;
- 5) Trascender en la adecuación a estándares internacionales;
- 6) Conocer a las entidades supervisadas, no solo determinando los niveles de riesgo asumidos, sino también abarcando cuestiones clave como la solvencia y la rentabilidad; y,
- 7) Efectuar un diagnóstico certero de la situación actual de las entidades y de sus perspectivas futuras, que permita tomar las decisiones para llevar a cabo las acciones que sean necesarias en el momento oportuno y con verdadero conocimiento de causa.

3.4. Enfoque jurídico y financiero

La característica principal del enfoque de supervisión basada en riesgos, radica en el uso de la acción del supervisor con anticipación a que se manifieste un incumplimiento de la regulación por parte de alguna de las entidades supervisadas.

La supervisión tradicional, en cambio, enfoca su atención en la detección del incumplimiento de la regulación con posterioridad a su manifestación. Este

incumplimiento regulatorio se ubica dentro de un espectro que puede ir desde leve, manifestándose en falencias formales, o bien severo, lo que puede incluir hasta la quiebra de la entidad.

El objetivo central del modelo de supervisión basada en riesgos, consiste en determinar la capacidad de una entidad de gestionar adecuadamente los riesgos asumidos, apoyándose en sus sistemas internos de control y de gestión de riesgos.

En el enfoque de supervisión basada en riesgos, la forma y la calidad de la administración de riesgos llevada a cabo internamente, tienen un rol protagónico. En la medida que el control y gestión de dichos riesgos sea llevada a cabo en forma apropiada, se reduce el índice de riesgo de la entidad en su conjunto, aún cuando los riesgos a los que está expuesta sean considerables.

a) Evaluación integral: La herramienta central del enfoque de supervisión basada en riesgos, se basa en una matriz integral utilizada para la unión o síntesis de los diferentes ámbitos que integran el enfoque de supervisión basada en riesgos, ya que contiene las características o factores que se consideran más relevantes de una entidad de una forma estructurada, a efecto de formular la opinión sobre la misma, con el propósito de focalizarse áreas de riesgo. En este sentido, la evaluación integral incluye “el ámbito de operación, el ámbito financiero, la gestión de riesgos y el ambiente control”⁴⁹ para el efecto se presenta un resumen de los siguientes componentes:

⁴⁹ Ibid. Pág. 16

1. **Ámbito de operación:** En este ámbito se aborda básicamente el conocimiento de la entidad, lo cual permite tener una visión completa de la misma y poder efectuar comparaciones con otras entidades similares, más allá del tamaño por activos.
 - a) **Aspectos legales:** Es el modo en que la entidad se ubica dentro del marco legal vigente, tanto a lo que se refiere a la esfera pública administrativa, donde destacan las cuestiones relativas a la forma legal y el historial de infracciones y sanciones, como a la esfera pública mercantil, donde las cuestiones de interés son las relativas a las escrituras de constitución, las clases de operativa y los tipos de cláusulas y contratos.
 - b) **Ámbito relacional:** Es el conjunto de personas físicas y sociedades que mantienen una relación estrecha con la entidad en términos de control, basado ciertamente en la mayoría de las ocasiones en la propiedad de las acciones, si bien, el control también puede provenir de otro tipo de elementos, como la existencia de acuerdos entre sociedades o la mayoría en los órganos de gobierno. El conocimiento del ámbito relacional puede darse en dos sentidos. La primera dirección parte de la entidad en sentido ascendente, intentando determinar, especialmente a través de sus accionistas y órganos de dirección, cuál es el grupo de control de la entidad. La segunda dirección parte también de la entidad, pero lo hace en sentido descendente, analizando cuales son las empresas y sociedades que la entidad controla, especialmente a través de su cartera de valores de renta variable, para establecer de esta forma, cuál es su grupo dependiente.
 - c) **Segmento de negocio:** Está basado en la identificación y evaluación de las relaciones que se mantienen con otras sociedades y personas físicas para la

realización del negocio, incluyendo el tipo de clientela, para determinar de esta manera cuales son las principales líneas de negocio y sus magnitudes más importantes dentro de la actividad general de la entidad.

- d) Estructura organizacional: Es el modo en que la entidad se organiza para el desarrollo de su actividad, tanto en lo que se refiere a las estructuras organizativas como a los recursos humanos empleados. En cuanto a las estructuras organizativas, los aspectos más importantes a destacar son los procesos de toma de decisiones y la distribución de facultades y funciones, mientras que, en lo que se refiere a los recursos humanos, los temas están relacionados sobre todo con el tipo y cantidad de recursos empleados en la actividad.
- e) Ámbito geográfico: Este ámbito está basado en el espacio geográfico en el que la entidad desarrolla su actividad, tanto en lo que se refiere a la esfera internacional, en cuanto a regiones y países, como en lo referente al ámbito nacional, en términos de departamentos y poblaciones.
- f) Tecnología: Es la forma en que la entidad se dota de medios y se organiza desde un punto de vista tecnológico para el desarrollo de la actividad, en infraestructura tecnológica, sistemas de comunicaciones, software y herramientas existentes. De manera general, cada uno de los componentes que integran el ámbito de operación, tienen una naturaleza analítica más descriptiva que de evaluación, sirviendo como marco para poder calificar con precisión las características del ámbito financiero, de la gestión de riesgos y del ambiente de control.

2. **Ámbito financiero:** En este ámbito se han situado la evaluación de la solvencia, de la rentabilidad y de la liquidez, las variables clave de un análisis financiero clásico. De esta cuenta, tanto en el mundo de la supervisión como en el de la gestión, la solvencia, la rentabilidad y la liquidez son junto al riesgo los elementos clave en la evaluación de la situación actual y de las perspectivas futuras de una entidad financiera.

El análisis de la solvencia, de la rentabilidad y de la liquidez constituyen el núcleo del análisis financiero tradicional, que debe modernizarse sin duda, pero, sobre todo, complementarse, en un entorno más actualizado, con el análisis del nivel de riesgo de la actividad financiera, para poder tener así una visión completa de conjunto y poder realizar una supervisión efectiva basada en riesgos.

a) **Solvencia:** Se centra en la determinación de las principales características de la solvencia de la entidad y la cuantificación de sus magnitudes más importantes y está basado en una evaluación dinámica de la adecuación de capital y en la identificación de las fuentes de generación y aplicación de recursos propios.

Para evaluar la solvencia no basta con realizar un análisis estático de la misma, ni limitar el alcance de las tareas a la verificación del cumplimiento de la normativa vigente, sino que el conocimiento y la evaluación deben ser mucho más profundos.

Así, es necesario analizar la solvencia desde un punto de vista dinámico, analizando las fuentes de generación y aplicación de los recursos propios, la adecuación del capital, el

crecimiento sostenible y la política de dividendos practicada. Por otro lado, también es conveniente no limitarse a una visión interna, sino ampliar la perspectiva, estableciendo referencias externas para la solvencia y estudiando la imagen externa y la rentabilidad del accionista.

b) Rentabilidad: Al igual que la solvencia, la rentabilidad no debe analizarse estrictamente desde el punto de vista estático, sino que el conocimiento y evaluación deben ser dinámicos, tanto en relación con el pasado, estudiando la evolución e intentando detectar las tendencias, como en lo que se refiere al futuro, mediante la formulación de previsiones.

En esta misma línea, es conveniente también el diseño y estudio de escenarios alternativos, bien sean de crisis o de proyección de determinadas estrategias, así como la formulación del sistema de alertas sobre la base de la estructura del negocio. En este sentido, los objetivos de supervisión en el ámbito de la rentabilidad se sintetizan en: evaluar la rentabilidad global; la rentabilidad por componentes y márgenes; y, la rentabilidad de cada componente y margen.

c) Liquidez: La metodología para el análisis de este ámbito, está basada en la evaluación de la liquidez del sistema financiero en su conjunto por un lado y en el análisis de la posición relativa de cada entidad en relación con el sistema por otro lado. Debe tenerse muy en cuenta que la adecuación de la liquidez ya no se concibe solamente como la capacidad de hacer frente a los compromisos o exigibilidades según se vayan produciendo, sino que se define en términos de ser capaz de garantizar un

adecuado desarrollo del negocio, incluyendo lógicamente el previsible crecimiento del mismo en su conjunto.

Los objetivos que se persiguen en el análisis de la liquidez, se resumen en determinar la adecuación de la liquidez en: situaciones de normalidad; caso de crisis coyuntural de la entidad; caso de crisis permanente de la entidad; y, caso de crisis coyuntural del sistema.

En resumen, la relación entre los componentes del ámbito financiero puede establecerse claramente señalando que la rentabilidad es el determinante último de la solvencia, ya que, sin una adecuada rentabilidad a medio plazo, la solvencia desaparece, al no poderse confiar en una aportación externa ilimitada de fondos.

Por su parte la liquidez es el espejo de la salud financiera de una entidad, hasta el punto de que una entidad con problemas serios de liquidez puede llegar a tener problemas igualmente serios en cuanto a su rentabilidad en una primera instancia y en cuanto a su solvencia como efecto derivado en una segunda fase, aunque su posición inicial en estos dos ámbitos fuera adecuada.

3. Gestión de riesgos: Puede considerarse como el núcleo de la supervisión basada en riesgos, ya que, recoge el nivel general de riesgo de una entidad desde las perspectivas de los diferentes riesgos asumidos, a fin de poder tener una visión de conjunto, que esté basada en el análisis de sus principales componentes.

La gestión de riesgos, reúne de manera específica el examen de los diferentes riesgos en la actividad financiera, tanto de manera general como en particular en referencia a cada uno de los riesgos significativos.

Respecto a los riesgos de manera general y de cada uno de los que conforman el ámbito de la gestión de riesgos de manera particular, es importante considerar los temas relacionados con la gestión, políticas, valoración, importancia relativa y medición de los riesgos.

a) Gestión de estrategias: Consiste en la elección de las estrategias y posicionamientos más adecuados para obtener los mejores resultados posibles en cuanto a la formulación de previsiones y proyecciones sobre el futuro de los riesgos. En otras palabras, es la identificación, medición y evaluación colectiva de todos los riesgos que afectan el valor de las entidades, así como la definición e implementación de una estrategia en el negocio y en la operación para gestionar efectivamente esos riesgos.

b) Políticas de riesgos: El conocimiento y el análisis de las políticas de riesgos supone ir un paso más allá en la evaluación de los riesgos, ya que ayuda a poner de manifiesto la voluntad de los gestores en cuanto al tipo de negocio que se desea realizar y el nivel de riesgo que se está dispuesto a asumir. Además, comparar y analizar los presupuestos con las realidades alcanzadas puede ser muy útil para comprender mejor la situación, distinguiendo lo que se desearía tener con lo que es posible alcanzar.

c) Valoración y medición del riesgo: Frecuentemente se confunde la valoración con la medición del riesgo; sin embargo, son aspectos totalmente diferentes, ya que la valoración es la estimación que se realiza, con mayor o menor precisión, de la situación actual, mientras que la medición del riesgo es la estimación de la situación futura en el caso de que se produzca una evolución adversa de los factores o variables externas. En consecuencia, la pérdida resultante de la valoración se diferencia de la pérdida derivada de la medición del riesgo en dos sentidos.

La pérdida resultante de la valoración es una pérdida cierta, no sujeta por tanto a probabilidad alguna en cuanto a la evolución en el futuro de las variables externas, pero sí a errores o desviaciones en la determinación. Es decir, esta pérdida tiene un carácter predecible o esperado.

La pérdida que se deriva de la medición del riesgo tiene una naturaleza extrema o poco probable (pérdida inesperada); es decir que, la medición recogerá la pérdida extrema en el caso remoto de que se haya registrado realmente la evolución negativa que se consideraba poco probable.

d) Importancia relativa de los riesgos. Desde un punto de vista teórico, ningún riesgo es más importante que otro, ya que potencialmente los efectos de unos y otros pueden ser equivalentes en teoría. No obstante, la visión práctica es muy diferente, al depender la importancia de los riesgos del tipo de negocio realizado y de los riesgos asociados a cada tipo, así como de la volatilidad de los factores y variables externos.

Con base en lo anterior, la importancia relativa de los riesgos es variable, dependiendo en primer lugar de la entidad, en cuanto al negocio que desarrolla y, por ende, los riesgos que asume, tanto en tipo como en volumen, y, por otra parte, del sistema financiero y del contexto económico en el que la entidad lleva a cabo su actividad, especialmente en lo que se refiere a la evolución de las variables macroeconómicas.

Si bien cada entidad y cada país pueden presentar notas diferenciadoras en cuanto a la importancia relativa de los riesgos, sí puede señalarse que el principal riesgo de la mayoría de las entidades es el riesgo de crédito. En cuanto al resto de los riesgos, la importancia de los riesgos de tasa de interés y tipo de cambio dependen en gran medida de la volatilidad de las tasas y tipos de cambio, de manera parecida a como ocurre con el riesgo de mercado; y, finalmente en lo que se refiere al riesgo operacional, es un riesgo de reciente tratamiento y consideración, al estar ligado en buena medida a la realización de la actividad en general y a la prestación de servicios en particular.

e) Medición de los riesgos: La medición del riesgo es fundamental de cara a su control y gestión, ya que, sin una adecuada medición, poco puede hacerse realmente. Es necesario resaltar que no debe confundirse una medición adecuada con una pretensión de exactitud, sino con alcanzar un grado de precisión razonable, especialmente en cuanto a lo que se refiere a las decisiones de asunción del riesgo y a su control, para lo que no hace falta determinar valores exactos, sino tan solo lo suficientemente aproximados como para que las decisiones se puedan tomar sobre una base suficientemente correcta.

Para definir cada uno de los riesgos, debe comprenderse que el riesgo como tal, descansa básicamente en los siguientes pilares: “Probabilidad de pérdida futura; identificación de elementos configuradores, tanto internos como externos; existencia como un fenómeno normal, ligado al desarrollo del negocio; y, la distinción entre valoración y riesgo.”⁵⁰ En consecuencia, partiendo de los pilares descritos y conforme al comité de Basilea, se puede conceptualizar cada uno de los riesgos que integran el ámbito de la gestión de riesgos, para el efecto la memoria de labores del banco de Guatemala las describe así:

1. Riesgo de crédito: Es la probabilidad de pérdidas como consecuencia de que “un prestatario o contraparte incumpla sus obligaciones en los términos acordados.”⁵¹
2. Riesgo de tasa de interés: Probabilidad de pérdidas futuras derivadas de la existencia de “diferencias entre los plazos de reprecación de las operaciones y de una evolución adversa de las tasas de interés.”⁵²
3. Riesgo de tipo de cambio: Probabilidad de pérdidas futuras derivadas de la existencia de posiciones en moneda extranjera y de una “evolución adversa del tipo de cambio de las divisas en que están nominadas.”⁵³

⁵⁰ **Ibid.**

⁵¹ **Ibid.** Pág. 17

⁵² **Ibid.**

⁵³ **Ibid.**

4. Riesgo de mercado: “Es la probabilidad de pérdidas en sus posiciones dentro y fuera de balance como consecuencia de movimientos en los precios de mercado.”⁵⁴
5. Riesgo operacional: Es la probabilidad de pérdidas debido a la inadecuación o a fallas de procesos, del personal, de los sistemas internos, o bien a causa de eventos externos.
6. Otros riesgos: en este concepto se incluye el estudio de otros riesgos de la actividad financiera, entendiéndose que ninguno de ellos tiene la importancia específica suficiente que justifique su análisis individual, por lo que su consideración se hace en términos globales, destacando sobre todo “la importancia relativa de cada riesgo y sus sistemas de control y gestión.”⁵⁵ Dentro de la clasificación de Otros Riesgos, se encuentran los siguientes:
 - a) Riesgo de concentración: es la probabilidad de pérdidas futuras derivadas del incremento de los principales riesgos de la actividad financiera por la concentración de posiciones.
 - b) Riesgo país: es la probabilidad de pérdidas de una institución, asociada con el ambiente económico, social y político del país donde el prestatario tiene su domicilio.
 - c) Riesgo de liquidación: “es la probabilidad de pérdidas futuras derivadas del incumplimiento en tiempo y/o forma de las obligaciones de la contraparte,”⁵⁶ en cuanto a la falta de entrega de dinero o de unos determinados instrumentos en contraprestación a los instrumentos o a los importes monetarios recibidos, como

⁵⁴ **Ibid.**

⁵⁵ **Ibid.**

⁵⁶ **Ibid.**

consecuencia del empeoramiento de sus circunstancias económicas particulares y/o de una evolución negativa del contexto en el que desarrolla su actividad.

- d) Riesgo reputacional: es la probabilidad de pérdidas futuras por la disminución del negocio y su rentabilidad como consecuencia del deterioro de la imagen de la entidad.
- e) Riesgo de negocio: es la probabilidad de pérdidas futuras derivadas de la disminución del negocio y su rentabilidad como consecuencia de que "el negocio actualmente desarrollado por la entidad deje de ser viable económicamente."⁵⁷

4. Ambiente de control: En este componente se aborda las cuestiones relativas al control interno y gobierno corporativo, a sistemas de administración de riesgos y a la auditoría interna y externa, en este caso concentrándose en el ámbito de cada entidad.

La determinación del ámbito de control interno y gobierno corporativo, consiste básicamente en el análisis y evaluación de las principales cuestiones en torno a estos conceptos, resaltando especialmente los aspectos que distinguen una entidad bien organizada y controlada desde un punto de vista corporativo e institucional, de las actuaciones desordenadas y descontroladas de un conjunto de personas, por meritorias y profesionales que puedan ser estas actuaciones a título individual.

Por su lado, el ámbito de administración de riesgos se fundamenta esencialmente en el análisis y explicación de los aspectos principales de esta materia, distinguiendo la

⁵⁷ **Ibid.**

naturaleza común que tienen determinadas cuestiones relativas al control y gestión de riesgos, con independencia del riesgo de que se trate.

El ámbito de auditoría interna se refiere al análisis y evaluación del papel que debe jugar ésta dentro de una entidad financiera, destacando tanto sus características específicas principales como el modo en que encajan sus funciones con el control interno de la entidad por un lado y con la supervisión y el control externo por otro lado.

El último de los ámbitos del ambiente de control, es el que se refiere a la auditoría externa, el cual contiene el análisis y evaluación del rol que debe jugar la auditoría externa en relación con el control de una entidad financiera, resaltando las características principales que deben reunir sus actuaciones para ser consideradas como una contribución eficiente en el ámbito de control.

a) Estrategia y proceso de supervisión: La implementación del nuevo enfoque de supervisión, requiere adoptar una estrategia referente a la supervisión de las entidades consideradas individualmente, guardando una estrecha relación con el modo en que se estructura la organización y se asignan las responsabilidades de supervisión de las diferentes entidades.

Así pues, dentro de este orden de ideas, la estrategia de supervisión debe formular y establecer los objetivos que se desean alcanzar como consecuencia del ejercicio de la función de supervisión, utilizando para ello la evaluación integral de la entidad y el perfil de riesgo del supervisor como medios desde una doble perspectiva; por un lado, deben

servir como medio de reflexión para la toma de decisiones, que deben estar basadas en la situación de las entidades y el riesgo relativo del supervisor; y, por otra parte, deben utilizarse también como medios de expresión a nivel institucional, para dejar claramente manifestado cuáles son las líneas maestras de la supervisión que se quiere desarrollar y cuáles son los objetivos generales que se desean alcanzar.

Una vez elegida y establecida la estrategia de supervisión, deben desarrollarse en consecuencia las siguientes cuestiones: “a) El proceso de supervisión, en cuanto al modo en que se pretenden alcanzar los objetivos estratégicos definidos; y, b) La organización de la supervisión, en cuanto a asignación de entidades y supervisores.”⁵⁸

Con base en lo anterior, la estrategia y el proceso de supervisión se fundamentan entre otras cosas en un adecuado gobierno corporativo de las entidades, así como la participación de los supervisores externos tales como auditores, calificadoras de riesgo y supervisores de otros países. Estos entes ejercen un monitoreo de las entidades que están bajo la supervisión de la superintendencia de bancos y la estrategia es buscar que su participación sea permanente y consistente con la regulación.

En el caso de auditores y calificadoras de riesgo se busca que, adicionalmente a las labores que realicen estos agentes, se pronuncien sobre la calidad de la administración de riesgos de las entidades; y, para el caso de los supervisores de otros países, la estrategia se basa en propiciar la cooperación y el intercambio de información.

⁵⁸ **Ibid.**

CAPÍTULO IV

4. Publicación de información financiera por parte de la superintendencia de bancos a entidades sujetas a vigilancia e inspección

La Superintendencia de Bancos es un órgano de banca central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan.

La Superintendencia de Bancos, tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

Con respecto a la supervisión, para los efectos legales, se entiende por supervisión la vigilancia e inspección de las entidades realizada por la Superintendencia de Bancos, con el objeto de que las mismas adecuen sus actividades y funcionamiento a las normas legales, reglamentarias y a otras disposiciones que les sean aplicables, así como la evaluación del riesgo que asuman las entidades supervisadas.

La función de supervisión que ejerce la Superintendencia de Bancos no implica, en ningún caso, la asunción de responsabilidades por ésta o por sus autoridades, funcionarios o personal, por la gestión que realicen las entidades sometidas a su supervisión, ni garantiza el buen fin de dicha gestión, la que será siempre por cuenta y riesgo de la propia entidad, de sus administradores y de sus accionistas.

4.1. Contenido de la publicación

La Superintendencia de Bancos, publica mensualmente en uno de los diarios de mayor circulación en Guatemala el boletín denominado información financiera de las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos. Dicha publicación se hace de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3 inciso de la Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002 del Congreso de la República y el Acuerdo 15-2007 del superintendente de bancos. Denominada disposiciones para la publicación de información financiera por parte de la Superintendencia de Bancos de las entidades sujetas a su vigilancia e inspección.

Para el efecto en el boletín antes mencionado se hace referencia a las multas que hayan sido notificadas a entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la súperintendencia de bancos durante un mes determinado. En dicha publicación se establece el nombre de la entidad, fecha en que se impuso la multa el motivo y el monto de la misma con la aclaración que esta se impone en dólares.

Al final de la publicación aparase una nota la cual indica lo siguiente: “el Artículo 6 de las disposiciones emitidas en el Acuerdo Número 15-2007, del Superintendente de Bancos, establece que las multas en el mes siguiente a la fecha de notificación de la respectiva resolución, si la misma no es apelada, o en el mes siguiente de la fecha de notificación de la resolución que declare sin lugar la apelación presentada”.

4.2. Efectos de la publicación

Con relación a la publicación de multas en el boletín antes señalado, es importante hacer referencia a que la información financiera de las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, en las que se hace constar que dichas sanciones son las no apeladas ante la Junta Monetaria y las que sus respectivas apelaciones fueron declaradas sin lugar por esta Autoridad; al respecto, se cita como fundamento para dichas divulgaciones, el Artículo 6 del Acuerdo No. 15-2007 de ese despacho.

Conforme al Artículo 133 de la Constitución Política de la República, las resoluciones que emita la Junta Monetaria admiten, entre otros, el recurso contencioso administrativo y de casación. Lo anterior significa que una resolución dictada por la Superintendencia de Bancos y confirmada en apelación por la Junta Monetaria no ha causado estado; por lo tanto, puede ser revertida a través de cualquiera de los recursos mencionados. En consecuencia, es a todas luces prematura y negativa la publicidad que la imposición de multas produce a las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de esta superintendencia; además de que tales publicaciones no divulgan una situación

definitiva; por otra parte, en el caso de que las multas sean dejadas sin efecto por resolución judicial, no existe un mecanismo que haga público este extremo, por lo que, en definitiva, la información que así recibe el público no es completa.

Una vez publicado, en el boletín la información financiera de las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, las instituciones afectadas con dicha publicación entre las cuales se pueden mencionar a los bancos y financieras principalmente, proceden a efectuar el pago correspondiente, de la multa impuesta, por la Superintendencia de Bancos de Guatemala.

4.3. Procedimiento para el pago de ajustes o multas

Previamente efectuar el pago de la multa correspondiente por las instituciones bancarias, se debe tomar en consideración que la Junta Monetaria para realizar un efectivo cobro procedió a emitir el reglamento correspondiente, mismo que se describe a continuación:

La Junta Monetaria, suscribió el acta 36-2002 correspondiente a la sesión celebrada con fecha 1 de junio del año 2002 y en el punto decimo sexto aprobó el proyecto de reglamento para la aplicación de las sanciones contempladas en el Artículo 99 del Decreto número 19-2002 del Congreso de la República Ley de Bancos y Grupos Financieros, el cual regula lo siguiente:

“Artículo 99. Sanciones. Las infracciones se sancionarán de la manera siguiente:

a) A los bancos, sociedades financieras y entidades fuera de plaza:

1. En la primera infracción, una sanción pecuniaria de quinientos a cuarenta mil unidades de multa de acuerdo con la gravedad de la infracción.
2. En la segunda infracción, sobre un hecho de la misma naturaleza del hecho ya sancionado, una sanción igual al doble de unidades de multa impuesta en la primera infracción; y,
3. En la tercera infracción, sobre un hecho de la misma naturaleza del hecho ya sancionado, una sanción igual al doble de unidades de multa indicadas en el numeral anterior.

b) A otras empresas integrantes de grupos financieros, cuyas leyes específicas no establezcan sanciones para las infracciones a que se refiere el Artículo 98 de la presente Ley, se aplicará una sanción de cien a diez mil unidades de multa de acuerdo con la gravedad de la infracción.

La imposición de las sanciones anteriores es sin perjuicio de que el Superintendente de Bancos pueda adoptar cualquiera de las medidas preventivas que, a su juicio, sean necesarias para el reajuste de las operaciones a los límites y condiciones señalados en las disposiciones legales. Los ingresos por multas impuestas conforme este Artículo incrementarán el fondo para la protección del ahorro.

La Junta Monetaria reglamentará lo referente a la gravedad de las infracciones y al ciclo de recurrencia de las mismas, para los efectos de lo previsto en el presente artículo, así como el número de unidades de multa que serán aplicadas según la gravedad de la infracción.”

Por otra parte, la resolución JM-186-2002 conocido en el oficio número 2329-2002 del superintendente de bancos de fecha 1 junio del 2002 mediante el cual eleva a consideración a dicha junta monetaria el proyecto de reglamento para la aplicación de sanciones antes mencionadas. La Junta Monetaria estima que de conformidad con el Artículo 98 del Decreto 19-2002 del Congreso de la República Ley de Bancos y Grupos Financieros, misma que se presenta a continuación:

“Artículo 98. Infracciones. Las infracciones que cometan los bancos, sociedades financieras y las empresas integrantes de grupos financieros, a cualesquiera de las disposiciones de esta Ley y otras que les sean aplicables, a las disposiciones que emita la Junta Monetaria, a su ley o escritura constitutiva, a reglamentos o estatutos, a órdenes administrativas o disposiciones de la Superintendencia de Bancos, así como la presentación de informaciones, declaraciones o documentos falsos o fraudulentos, obstrucción o limitación a la supervisión de la Superintendencia de Bancos, y cuando realicen o registren operaciones para eludir el encaje bancario, o que conlleven el incumplimiento de los requerimientos patrimoniales, serán sancionados por el órgano supervisor, con observancia de los principios del debido proceso y del derecho de 96 defensa, conforme lo dispuesto en la presente Ley.”

De la normativa vigente antes indicada, le corresponde al órgano supervisor sancionar a los bancos sociedades financieras, y a las empresas integrantes de grupos financieros por las infracciones que cometan a cuales quiera de las disposiciones de ley de bancos de grupos financieros, a lo establecido en su ley escritura constitutiva, estatutos, a otras leyes que le sean aplicables, reglamentos, a las disposiciones de esta junta a ordenes administrativas o disposiciones de la superintendencia de bancos así como cuando presenten informaciones, declaraciones o documentos falsos o fraudulentos, obstruyan o limiten la supervisión de la superintendencia de bancos o realicen o registren operaciones para eludir el encaje bancario o que conlleven el incumplimiento de los requerimientos patrimoniales.

Además, la junta monetaria considera que de conformidad con el Artículo 99 del Decreto número 19-2002 antes descrito corresponde a la junta monetaria reglamentar lo referente a la gravedad de las infracciones y al ciclo de recurrencia de las mismas, así como el número de unidades de multa que sean aplicadas, según la gravedad de la infracción en que incurran los bancos, sociedades financieras, entidades fuera de plaza y las otras empresas integrantes de grupos financieros.

Así mismo, considera la junta monetaria que de conformidad con el Artículo 99 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros antes citados, por la infracciones en que incurran los bancos, sociedades financieras y las entidades fuera de plazas se le aplicar a una sanción pecuniaria de 500 a 40,000 unidades de multa mientras que por aquellas en que incurran las otras empresas integrantes de grupos financieros, la sanción será de 100 a 10,000 unidades de multa por lo que es necesario graduar, de acuerdo a la



gravedad de la infracción, el número de unidades de multas a poner, para que la superintendencia de bancos las aplique de forma uniforme y consistente.

La junta monetaria con base en lo considerado y haciendo referencia al Artículo 132 y 133 de la Constitución Política de la República Artículo 26 inciso I) y 64 del Decreto número 16-2002, ley orgánica del Banco de Guatemala 99 y 129 del Decreto número 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros, ambos decretos del Congreso de la República y en opinión de los miembros de la junta monetaria resuelve aprobar el reglamento para la aplicación de las sanciones contempladas en el Artículo 99 del Decreto número 19-2002 del Congreso de la República Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Por otra parte una vez aprobado el reglamento antes señalado por la Junta Monetaria se procedió a emitir propiamente el reglamento mediante la resolución número JM-186-21002, el cual se denomina reglamento para la aplicación de las sanciones contempladas en el Artículo 99 del Decreto número 19-2002 del Congreso de la República Ley de Bancos y Grupos Financieros, el cual tiene por objeto, regular lo referente a la gravedad de las infracciones y al ciclo de recurrencia de las mismas así como el número de unidades de multa que serán aplicadas por la superintendencia de bancos para sancionar agotado el debido proceso las infracciones según su gravedad que cometen los bancos, sociedades financieras y entidades fuera de plaza y otras empresas integrantes de grupos financieros a las disposiciones legales, reglamentarias y otras que le sean aplicables de conformidad con lo establecido en los Artículos 98 y 99

del Decreto número 19-2002 el Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Resulta de suma importancia, el contenido de la clasificación de las infracciones contenido en dicho reglamento y para efectos de la presente investigación se describen a continuación:

a) Infracciones leves: Son aquellas que no tienen incidencia en la situación financiera de las entidades no afectan su liquidez y solvencia ni los depósitos ni inversiones del público, entre las cuales se encuentran:

- 1) No enviar a la superintendencia de bancos actas de comités de crédito o de riesgo de gerencia, del consejo de administración o junta directiva, de asambleas generales de accionistas.
- 2) No informar a la superintendencia de bancos o informar fuera de los plazos establecidos cuando los representantes legales de los bancos y empresas de grupos financieros se ausenten de sus cargos, así como el cambio de miembros del consejo de administración o junta directiva, gerentes generales, el cambio de horarios y la apertura, traslado o cierre de agencias y sucursales.
- 3) No publicar o no divulgar las tasas de interés que aplica en las operaciones con sus clientes.

b) Infracciones moderadas: Son aquellas que afectan la situación financiera de la entidad pero que no inciden de manera significativa en su liquidez y solvencia ni en los depósitos e inversiones del público entre las cuales se encuentran las siguientes:

- 1) No presentar o presentar incorrectamente a la superintendencia de bancos dentro del plazo establecido la integración de los accionistas, monto y participación de cada uno de ellos en el capital pagado de la entidad de que se trate de conformidad con su registro.
- 2) No valorar la garantía hipotecaria o prendaria previa al otorgamiento de los créditos.
- 3) No presentar, presentar incorrectamente, o presentar fuera del plazo establecido a superintendencia de bancos el informe que contiene la valuación de activos operaciones contingentes y otras exposiciones de riesgo de la entidad de que se trate.

c) **Infracciones graves:** Se consideran graves las infracciones aquellas que afectan la situación financiera de la entidad e inciden de manera significativa en su liquidez y solvencia o en los depósitos e inversiones del público así como en las que se incumplen disposiciones que prohíben o limitan operaciones, transacciones, registros, o la realización de prácticas que tienden a ocultar información distorsionar las cifras de los estados financieros de las entidades o evitan que se conozcan aspectos de las instituciones o que afecten intereses de terceras personas considerando como tales algunas de las siguientes:

- 1) Realizara actos u operaciones sin la autorización de la junta monetaria o de la superintendencia de bancos cuando así este establecido en ley o sin observar las condiciones establecidas legalmente.
- 2) Carecer de la contabilidad exigida legalmente llevarla sin cumplir con las normas contables emitidas, reconocidas o autorizadas por la junta monetaria o con

irregularidades que impidan conocer la situación patrimonial de encaje, económica y financiera de la entidad.

- 3) No mantener fondos suficientes en las cuentas de encaje para tender la compensación diaria de cheques así como trasladar al compensador agente o la compensadora principal documentación o información inexacta de los cheques a compensar.

Además, el Artículo 6 del reglamento analizado fue modificado por la junta monetaria mediante la resolución JM-190-2007 en cuanto a la clasificación de infracciones para otras empresas integrantes de grupos financieros siendo la clasificación siguiente:

a) Infracciones leves: Para los efectos del presente reglamento son infracciones leves aquellas que no tienen incidencia en la situación financiera de las empresas y no afectan su liquidez y solvencia, encontrándose entre las principales las siguientes:

- 1) No enviar o enviar fuera del plazo, el informe de los auditores externos.
- 2) No informar o informar fuera de los plazos establecidos el cambio de miembro del consejo de administración, junta directiva y gerentes generales.
- 3) Cancelar fuera de los plazos establecidos las cuotas de sostenimiento de la superintendencia de bancos.

b) Infracciones moderadas: Son aquellas que afectan la situación financiera de la empresa pero que no inciden de manera significativa en su liquidez y solvencia entre las cuales se señalan las siguientes:

- 1) No valuar las garantías hipotecarias o prendarias previo al otorgamiento de los créditos.
- 2) No presentar, presentar incorrectamente o presentar fuera del plazo establecido a la superintendencia de bancos el informe que contiene la valuación de activos operaciones contingentes y otras exposiciones de riesgo de la empresa de que se trate.
- 3) Incumplimiento de resoluciones que ordenen acciones tendientes a corregir cualquier deficiencia diferente a las de situación patrimonial y de liquidez.

c) Infracciones graves: Se consideran aquellas que afectan la situación financiera de la empresa e inciden de manera significativa en su liquidez y solvencia así como en las que se incumplen disposiciones que prohíben o limitan operaciones, transacciones registros, o la realización de prácticas que tienden a ocultar información distorsionar las cifras de los estados financieros de la empresas o evitan que se conozcan aspectos de las instituciones o afecten intereses de terceras personas entre la cuales se encuentren las siguientes:

- 1) Realizar o ejercer actividades ajenas a su objeto social legamente establecido.
- 2) Carecer de la contabilidad exigida legalmente, llevar sin cumplir con las normas contables correspondientes o con irregularidades que impidan conocer la situación patrimonial económica y financiera de la empresa.
- 3) Alterar los registros contables.

Con respecto a la aplicación de multas la superintendencia de bancos impondrá el número de unidades de multa de acuerdo a la clasificación de las infracciones que cometan las entidades en la forma siguiente:

a) Los bancos, sociedades financieras y entidades fuera de plazas:

Infracción leve	de	500	a	3,000	unidades de multa
Infracción moderada	de	3,001	a	10,000	unidades de multa
Infracción grave	de	10,001	a	40,000	unidades de multa

b) Otras empresas integrantes de grupos financieros, cuyas leyes específicas no establezcan sanciones para las infracciones, a que se refiere el Artículo 98 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Infracción leve	de	100	a	1,000	unidades de multa
Infracción moderada	de	1,001	a	3,000	unidades de multa
Infracción grave	de	3,001	a	10,000	unidades de multa

De las disposiciones reglamentarias antes mencionadas es importante señalar que las sanciones una vez publicadas en el boletín señalado deben ser canceladas por los bancos o grupos financieros sancionados siempre y cuando se publiquen en el mes siguiente a la fecha de publicación de la misma resolución emitida por la Superintendencia de Bancos. Si dicha resolución no es apelada o en el mes siguiente de la fecha de notificación de la resolución que declare sin lugar apelación presentada.

Como consecuencia de la disposición legal anterior es importante señalar que existe violación al debido proceso tomando en consideración que el proceso de impugnación no ha concluido por lo tanto la superintendencia de bancos no debe publicar dichas multas ya que existe una garantía constitucional que debe ser respetada como lo es el derecho a un debido proceso tomando en cuenta que la multa puede ser impugnada y se deberá esperar la resolución respectiva para que la infracción cometida se dé por consumada.

Además, existen diversidad de criterios desde el punto de vista jurídico, financiero y contable ya que algunas personas especialistas en dichas ramas consideran que las multas impuestas por la Superintendencia de Bancos no ha llevado un debido proceso y como tal contiene violación a las normas constitucionales que garantizan el cumplimiento de las leyes, por parte de la entidades creadas para el efecto.

De los criterios antes establecidos, existen algunas acciones de amparo en contra de las resoluciones emitidas por la Junta Monetaria y para efectos de ilustración de la presente investigación se presenta una de las acciones procesales iniciadas, tramitadas y resueltas por la Corte de Constitucionalidad.

Para efectos del presente estudio, en el ámbito del derecho bancario es necesario realizar y presentar un análisis de un expediente resuelto por la Corte de Constitucionalidad en dicha materia y para el efecto se presenta el análisis correspondiente:

- a) El expediente está identificado con el número 763-2007 de fecha 19 de junio del mismo año con el propósito de que la Corte de Constitucionalidad conociera en apelación la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia a través de la Cámara de Amparo y Antejuicio promovido por la sociedad mercantil Centroamericana de Almacenes, S.A. contra lo resuelto por la sala primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- b) La acción de amparo fue presentada el treinta de agosto del 2005 ante la Corte Suprema de Justicia y conoció la Cámara de Amparo y Antejuicio presentando como acto reclamado la resolución mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de reposición que la postulante promovió contra la resolución mediante la cual la sala primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechazó de plano. Además se argumentó en dicha interposición la violación al derecho de defensa, al debido proceso y de petición además, que la Junta Monetaria declaró sin lugar un recurso de apelación interpuesto por la postulante.
- c) Con relación al trámite de la acción de Amparo se solicitó y otorgó el Amparo Provisional y se declaró como tercera interesada a la Junta Monetaria remitiendo además el expediente que contiene el proceso Contencioso Administrativo de la sala primera del Tribunal de lo Contenciosos Administrativo.
- d) Una vez concluida la tramitación la sala de lo contencioso otorgó el Amparo solicitado dejando sin efecto y sin lugar las acciones y el recurso de Reposición interpuesto y ordenando que la Junta Monetaria emita nueva resolución. Como consecuencia de ello la Junta Monetaria, tercera interesada apeló ante la Corte de Constitucionalidad.

- e) Por consiguiente se inicio el trámite de la acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad y la Junta Monetaria solicitó que se confirmara la sentencia apelada presentando para el efecto los argumentos correspondientes, por su parte el representante del Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia impugnada.
- f) Además el objeto de reclamo en la acción de amparo interpuesto fue la desestimación de un recurso de reposición contra una decisión de rechazó de una demanda Contenciosa Administrativa la cual fue resuelta en su oportunidad, por consiguiente, el tribunal de amparo de primer grado otorgó la protección constitucional solicitada y por consiguiente la Corte de Constitucionalidad confirmó la sentencia apelada otorgándole el Derecho que le asiste por mandato Constitucional al representante legal de la sociedad mercantil que promovió acciones legales al considerar que se violentaron los derechos constitucionales de su representado.

Lo anterior es un extracto de la decisión de la Corte de Constitucionalidad al analizar la tramitación elaborada por una sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y las resoluciones emitidas por esta y para el efecto otorgó la acción de amparo interpuesta, tomando en consideración que la Junta Monetaria violo el debido proceso y el derecho de defensa por lo que fue necesaria la emisión de un fallo conforme a derecho.

4.4. Efectos jurídicos

Desde el punto de vista legal, son diversos los criterios en cuanto a la interpretación y aplicación práctica de la publicación efectuada por la Superintendencia de Bancos con la finalidad de dar a conocer a la sociedad guatemalteca las sanciones e infracciones impuestas a los diferentes bancos del sistema y grupos financieros de conformidad con lo establecido en la normativa legal contenido en el Acuerdo 15-2007, emitido por la Superintendencia de Bancos.

Otro referente de gran importancia, es lo establecido en los diferentes acuerdos emitidos por la Junta Monetaria de Guatemala, en el cual se establecen las normativas para la aplicación de sanciones tanto de carácter leve, moderadas y graves , mismas que deberán ser publicadas en el mes siguiente de emitida la infracción y publicada por la Superintendencia de Bancos.

Por otra parte, existe un criterio siempre de carácter jurídico que permite la interpretación desde la normativa constitucional y leyes ordinarias a efecto de agotar la vía administrativa y la vía judicial para que la publicación sea de carácter definitiva, debe haberse agotado todos los mecanismos legales vigentes, ya que de lo contrario, la misma institución sancionadora en este caso la Superintendencia estaría violando el debido proceso que es una garantía constitucional que le asiste a toda persona individual o jurídica para hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales.

Los aspectos antes mencionados es importante señalar que es necesaria una reforma al acuerdo emitido por la Superintendencia de Bancos numero 15-2007, misma que se hará en este mismo capítulo.

4.5. Efectos financieros

Desde el punto de vista económico, la publicación efectuada por la Superintendencia de Bancos tiene también un efecto e impacto en las finanzas tomando en consideración que los inversionistas extranjeros para constatar en una institución bancaria o en grupo financiero, estos deben tener una solvencia ante la sociedad y no haber incurrido en sanciones por el ente fiscalizador. Por otra parte, el efecto se considera perjudicial para la actividad que desarrolla el banco o el grupo financiero, tomando en cuenta que una vez impugnada la resolución que impone la infracción correspondiente y esta es resuelta por la junta monetaria no se publica el resultado de la misma mucho menos cuando se agota la vía administrativo y se procede a la vía judicial, o cuando existe la presentación, tramitación y resolución como recurso extraordinario como lo es la casación, de todo ello tampoco se publica lo resuelto en definitiva.

Otro impacto de carácter financiero es que las instituciones bancarias y grupos financiero en determinado momento pueden tomar como referencia la variedad de sanciones emitidas a un banco determinado, y crear una fama que representa una desventaja para los intereses particularmente del banco sancionado, así como de la actividad bancaria en general.



Como puede verse de los aspectos antes mencionados son diversos los efectos de carácter financiero que conlleva la publicación que realiza en la actualidad la Superintendencia de Bancos, para lo cual es necesario hacer un análisis jurídico y financiero tomando en cuenta las publicaciones y ajustes y multas emitidas por la Superintendencia de Bancos y determinar la efectividad o no positividad de dichas sanciones, tomando en consideración que existe violación al debido proceso, así como se violentan otras garantías establecidas en la Constitución Política de la República.

Finalmente, son variados los criterios en cuanto a la interpretación no solo jurídica sino financiera de la actividad desarrollada por los bancos, principalmente, por juristas, economistas y auditores, quienes tienen diferentes puntos de vista en cuanto a la publicación del referido boletín, para lo cual coinciden en los efectos nocivos para las instituciones y para los clientes de dichas instituciones, quienes van perdiendo credibilidad no solo en la institución bancaria sino también en el sistema bancario en general.

4.6. Propuesta de reforma al Acuerdo 15-2007 de la Junta Monetaria

ACUERDO NÚMERO _____ Guatemala, _____.

EL SUPERINTENDENTE DE BANCOS

CONSIDERANDO:

Que en el Artículo 3, inciso n), del Decreto Número 18-2002 del Congreso de la República, Ley de Supervisión Financiera, estipula que la Superintendencia de Bancos debe publicar información suficiente, veraz y oportuna sobre la situación financiera de las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, en forma individual y consolidada;

CONSIDERANDO:

Que la transparencia de información constituye la base sobre la cual se fundamenta la disciplina de mercado que es necesaria para el adecuado funcionamiento de las instituciones bancarias, tal como lo establecen los estándares internacionales emitidos por el Comité de Basilea;

CONSIDERANDO:

Que los usuarios y el público en general necesitan contar con información, suficiente, veraz y oportuna, de manera que puedan elegir entre las diferentes entidades que ofrecen servicios financieros y de esa manera asignar e invertir sus recursos con criterios debidamente sustentados;

POR TANTO:

Con base en lo considerado, y en el Artículo 3, inciso n), del Decreto Número 18-2002 del Congreso de la República, Ley de Supervisión Financiera;

ACUERDA:



1. Emitir, conforme anexo al presente Acuerdo, las Disposiciones para la Publicación de Información Financiera, por parte de la Superintendencia de Bancos, de las Entidades Sujetas a su Vigilancia e Inspección.

2. Derogar el Acuerdo Número 15-2007 del Superintendente de Bancos.

3. El presente Acuerdo entrará en vigencia a partir de _____

DISPOSICIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN FINANCIERA, POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS, DE LAS ENTIDADES SUJETAS A SU VIGILANCIA E INSPECCIÓN

Artículo 1. Objeto. El objeto de estas disposiciones es regular la publicación de información financiera que la Superintendencia de Bancos deberá efectuar, respecto a las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, a tenor de lo establecido en el Artículo 3, inciso n), del Decreto Número 18-2002 del Congreso de la República, Ley de Supervisión Financiera.

Artículo 2. Publicación mensual de información. La Superintendencia de Bancos publicará mensualmente, en un medio impreso de amplia circulación o en un medio de divulgación masiva existente en el país, la información referida al mes anterior, como se indica a continuación:

a) De los bancos, las sociedades financieras, las entidades fuera de plaza o entidades off shore y las empresas especializadas en servicios financieros, con base en la

información que le presenten, respecto a operaciones activas y pasivas en moneda nacional y extranjera: 1) tasas nominales de interés anual mínimas y máximas; y, 2) las tasas nominales de interés anual para las tasas modales y promedio ponderadas;

b) De los bancos, las sociedades financieras y las entidades fuera de plaza o entidades off shore: los principales rubros del balance general y del estado de resultados;

c) De los bancos, las sociedades financieras y las entidades fuera de plaza o entidades off shore: los ajustes instruidos en resolución del Superintendente de Bancos, pendientes de registro, indicando nombre de la institución, fecha en que se instruyó, descripción del ajuste y monto del mismo;

d) De los bancos, las sociedades financieras y entidades fuera de plaza o entidades off shore: el patrimonio computable, el patrimonio requerido y la posición patrimonial; así como el índice de adecuación de capital;

e) De los bancos: el promedio mensual del encaje computable, del encaje requerido y la posición mensual de encaje, tanto en moneda nacional como extranjera;

f) De las entidades fuera de plaza o entidades off shore: el promedio mensual de la reserva de liquidez computable, la reserva de liquidez requerida y la posición mensual;

g) Los nombres de las instituciones legalmente autorizadas para operar, que estén sujetas a su vigilancia e inspección, integradas en grupo financiero, cuando



corresponda; y

h) De los bancos, las sociedades financieras, las entidades fuera de plaza o entidades off shore, las empresas especializadas en servicios financieros, las empresas de seguros, las empresas de fianzas, los almacenes generales de depósito, las casas de bolsa, las casas de cambio y otras empresas que formen parte de un grupo financiero: las multas, indicando el nombre de la institución, fecha en que se impuso, motivo, monto de la misma y número de multas notificadas por el mismo motivo durante los últimos seis (6) meses.

Artículo 3. Publicación trimestral de información. La Superintendencia de Bancos publicará información trimestral, referida a marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año, en un medio impreso de amplia circulación o en un medio de divulgación masiva existente en el país, la información que a continuación se detalla:

a) Información individual de entidades sujetas a la vigilancia e inspección:

1) De los bancos, las sociedades financieras, las empresas especializadas en servicios financieros y las entidades fuera de plaza o entidades off shore: la clasificación de los activos crediticios por categoría, total de activos crediticios, el monto de las reservas o provisiones para activos crediticios, monto de las reservas o provisiones genéricas, además, se incluirán los indicadores financieros de calidad de la cartera crediticia.

2) De las sociedades de seguros, de las sociedades de fianzas, de los almacenes

generales de depósito, de las casas de cambio, de las sociedades especializadas en servicios financieros, casas de bolsa y otras sociedades integrantes de grupos financieros: los ajustes instruidos en resolución del Superintendente de Bancos, pendientes de registro, indicando nombre de la institución, fecha en que se instruyó, descripción del ajuste y monto del mismo.

3) De las sociedades de seguros:

3.1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.

3.2) Margen de solvencia y fondo de garantía.

3.3) Distribución por ramo de daños, vida y, accidentes y enfermedades, indicando: el monto de la suma asegurada vigente, el monto del reaseguro cedido, el neto retenido y su porcentaje.

4) De las sociedades de fianzas:

4.1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.

4.2) Límite de responsabilidad y responsabilidad asumida por fianzas en vigor y el margen de responsabilidad

4.3) Monto de la suma afianzada vigente, el monto reafianzado, el neto retenido y su porcentaje

5) De los almacenes generales de depósito:

5.1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.

5.2) Mercaderías en bodegas propias, habilitadas y fiscales; seguros contratados por el almacén, seguros endosados a favor del almacén y mercaderías en remate.

6) De las casas de cambio:

6.1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.

7) De las empresas especializadas en servicios financieros:

7.1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.

7.2) El patrimonio computable, el patrimonio requerido y la posición patrimonial; así como el índice de adecuación de capital.

8) De las casas de bolsa:

8.1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.

8.2) Administraciones ajenas, en moneda nacional y moneda extranjera.

9) Otras empresas integrantes de grupos financieros:

9.1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.

b) Información consolidada de grupos financieros:

- 1) Los principales rubros del balance general y del estado de resultados.
- 2) El patrimonio computable, el patrimonio requerido y la posición patrimonial.

La información a que se refiere este Artículo deberá publicarse dentro del mes siguiente al trimestre que corresponda, excepto la mencionada en el inciso 1) del apartado a), que deberá ser publicada dentro del mes siguiente a la fecha en que debe registrarse contablemente el resultado de la valuación y sus reservas o provisiones, de acuerdo con lo que establece el Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito.

Artículo 4. Publicación mensual y anual de boletín. La Superintendencia de Bancos publicará mensual y anualmente, un boletín sobre aspectos financieros de las instituciones sujetas a su vigilancia e inspección, que contendrá como mínimo información relativa a la liquidez, solvencia y rentabilidad, excepto por la publicación del boletín de empresas de seguros y fianzas, que se hará en forma trimestral y anual. La Superintendencia de Bancos, podrá utilizar los medios que estime convenientes para hacer las publicaciones a que se refiere este artículo.

Artículo 5. Divulgación de información por medio del sitio Web. La Superintendencia de Bancos, con relación a las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, incluyendo grupos financieros, divulgará por medio de su sitio Web o portal de Internet, entre otras, la información a que se refiere estas disposiciones.

Artículo 6. Publicación de ajustes y multas. Para efectos de la publicación de los ajustes y multas, ésta se realizará en el mes siguiente de agotada la tramitación de los recursos administrativos y judiciales incluso el recurso extraordinario de Casación, de los cuales deberá publicarse íntegramente la resolución final en el apartado del boletín respectivo. En el caso de los ajustes, si la documentación respectiva no se presenta dentro del plazo treinta días, la aclaración se publicará en los meses siguientes.

Artículo 7. Transitorio. La publicación de la información de las entidades fuera de plaza o entidades off shore y empresas especializadas en servicios financieros, a que se refiere el artículo 2, inciso a), de las presentes disposiciones, se iniciará a partir de _____

Artículo 8. Casos no previstos. Los casos no previstos en el presente Acuerdo serán resueltos por el Superintendente de Bancos.

Finalmente, el debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez. El término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión "debido proceso legal". El derecho al debido proceso contempla:

- a) Derecho a ser juzgado conforme a la ley.
- b) Imparcialidad.
- c) Derecho a asesoría jurídica.

- d) Legalidad de la sentencia judicial.
- e) Derecho al juez predeterminado por ley.
- f) Derecho a ser asistido por abogado.
- g) Derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete.

Para efectos de la presente investigación jurídica, es primordial determinar que la Superintendencia de Bancos como ente fiscalizador de la entidad bancaria y otros comerciantes especiales, luego de realizar la correspondiente fiscalización determina que existen infracciones y en ese sentido impone las correspondientes multas, sin embargo la problemática se presenta cuando se publican en el boletín de dicha institución en forma mensual las multas de conformidad con el Artículo 6 de las disposiciones emitidas en el acuerdo número 15-2007 de dicha institución perjudicando grandemente no solo a la entidad bancaria sino también porque genera temor entre los cuentahabientes o clientes de dicho banco, ya que existen publicaciones de multas que pueden llegar a convencer a los clientes para retirarse de un banco determinado.

Concretamente se viola el debido proceso tomando en consideración que una vez publicada aun no se han agotado las instancias judiciales, ni administrativas correspondientes para lo cual la Superintendencia de Bancos a criterio del investigador viola el derecho de defensa y debido proceso que le asiste a la entidad bancaria objeto de la multa publicada en dicho boletín.

CONCLUSIONES

1. El comerciante sea éste individual, jurídico o en su caso especial tiene como características esencial realizar actos de comercio en forma permanente, siempre y cuando tengan la autorización correspondiente del Registro Mercantil General de la República, sin embargo, en Guatemala muchos comerciantes generalmente individuales carecen de dicha autorización, pero desarrollan actividades mercantiles.
2. Los bancos del sistema en Guatemala, son instituciones constituidas mediante la categoría comerciantes sociales especiales y para su funcionamiento deben cumplir con una serie de requisitos de conformidad con las disposiciones legales vigentes en Guatemala y generalmente se inscriben como una entidad bancaria aunque en la práctica prestan servicios de banca múltiple.
3. La Superintendencia de Bancos, es la entidad gubernamental encargada de efectuar la constante fiscalización de todas las instituciones bancarias y crediticias de Guatemala, imponiendo las sanciones correspondientes cuando exista contravención o violaciones a la normativa bancaria o crediticia en su caso debiendo publicar dichas sanciones de las entidades sujetas a vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos.
4. Las entidades sujetas a vigilancia e inspección por parte de la Superintendencia de Bancos, se ven afectadas desde el punto de vista jurídico y financiero, por la



publicación de ajustes y multas sin haber concluido los procedimientos legales vigentes.

RECOMENDACIONES

1. El Registro Mercantil General de la República, debe promover a nivel nacional una campaña que promueva la concientización en todos los comerciantes para que se informen y cumplan con las disposiciones legales a efecto de presentar la documentación respectiva ante dicho registro público y adquirir la autorización correspondiente para el ejercicio de los actos de comercio a través de las patentes de comercio.
2. El ente que realiza la fiscalización e inspección de las instituciones bancarias que funcionan en Guatemala, debe tener un control estricto para que dichas entidades presten los servicios de conformidad con la escritura constitutiva, ya que en la práctica son diversas las actividades y servicios que ofrecen, mismos que por lo general no aparecen en el instrumento público de creación.
3. La Superintendencia de Bancos para dar cumplimiento efectivo y que los bancos del sistema cumplan con las funciones para las cuales fueron constituidos, debe implementar un portal virtual con la finalidad de que la población guatemalteca conozca directamente del ente fiscalizador las sanciones y los motivos por los cuales se impusieron garantizando de esta manera el derecho a la libre información y toda persona interesada o inversionista nacional o extranjero lo pueda consultar.
4. La Superintendencia de Bancos conjuntamente con el departamento jurídico del Banco de Guatemala, debe realizar diversos estudios jurídicos con el propósito de



conocer la trascendencia mercantil, social y legal que genera la publicación de información financiera y determinar si existe o no violación al debido proceso con dicha publicación mensual.



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Miguel. **La banca múltiple**. México: Editorial Parma, 1981.

Banco de Guatemala. **Memoria de labores de julio a diciembre de 1946**. Guatemala: Imprenta Universitaria, 1949.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, 1977.

GARRIGUES, Joaquín. **Contratos bancarios**. 2ª. Ed. Madrid: Imprenta Aguirre, 1975.

GOLDSCHMIED, Leo. **Historia de la banca**. México: Editorial U.T.E.H.A, 1961.

GUTIÉRREZ, Luis. **Apuntes de derecho mercantil**. Tegucigalpa: Imprenta López, 1971.

KIRKLAND, Edward. **Historia económica de los Estados Unidos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

LONDOÑO Hoyos, Fernando y GLEN DE TOBON, Maricielo. **Naturaleza y estructura jurídica de la banca en América latina**. Colombia, Bogotá: Editorial Nelly, 1979.

MARCASE, Roberto. **El banco nuestro de cada día**. Bogotá: Editorial AP, 1978.

Memoria de labores del banco de Guatemala, 2008.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos: Editorial Heliasta, 2000.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Aries, 1998.



PUENTE, Antonio y CALVO, Octavio. **Derecho mercantil**. México: Editorial Banca y Comercio, 1950.

QUINTANA, Roberto. **Apuntes sobre el desarrollo monetario de Guatemala**. Guatemala: Banco de Guatemala, 1971.

ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. México: Editorial Banca y Comercio, 1966.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. México: Editorial Porrúa, 1980.

SAYERS, Ruy. **La banca moderna**. México: Fondo de Cultura Económico, 1968

SUPINO, David. **Derecho mercantil**. Madrid: Editorial La España Moderna.1965.

THOM, John. **Money and bankin**. Estados Unidos de América: Editorial Appleton and Company, 1924.

URIA Rodrigo. **Derecho mercantil**. Madrid: Editorial Silverio, 1962.

VÁSQUEZ, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantil**. Guatemala: Editorial Serviprensa, 1978.

VILLEGAS, Carlos. **Régimen legal de bancos**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Universitaria, 2000.



VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado.**

México: Editora Nacional, 1956.

VIVANTE, Cesar. **Tratado de Derecho Mercantil.** Madrid: Editorial Reus, 1932.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de Derecho Mercantil.** Guatemala: Editorial

Tipografía Nacional, 1979.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.