

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, a cross, and a figure. The shield is flanked by two figures holding a banner. The outer ring of the seal contains the Latin text "UNIVERSITAS CAROLINA GUATEMALENSIS" and "FUNDATA 1697".

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS REQUISITOS PARA AUTORIZAR A
LAS DISTINTAS ENTIDADES SUJETAS A LA FISCALIZACIÓN DE LA
SUPERINTENDENCIA DE BANCOS**

NANCY CRYSTINA LÓPEZ TOC

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2013

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS REQUISITOS PARA AUTORIZAR A
LAS DISTINTAS ENTIDADES A FISCALIZACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE
BANCOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NANCY CRYSTINA LOPEZ TOC

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 2013



**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 I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente: Licda. Bélgica Anabella Deras Román
Vocal: Lic. Jorge Leonel Moran
Secretario: Licda. Gloria Isabel Lima

Segunda fase:

Presidente: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretario: Lic. Nery Augusto Franco Estrada

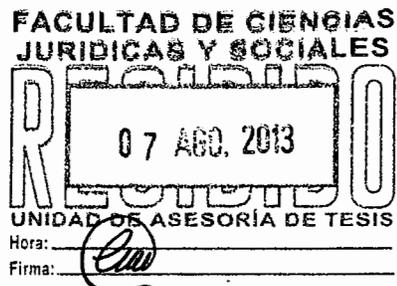
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis" (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)

Licenciado Nilrro Mercedes Alfaro Contreras
15^a. Av. 15-16, zona 1 Barrio Gerona
Teléfono, 4024-4444



Guatemala, 16 de julio de 2013

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Licenciado Mejía:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el fin de manifestarle que he asesorado la Tesis presentada por el bachiller **NANCY CRYSTINA LOPEZ TOC**, el cual se denomina **"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS REQUISITOS PARA AUTORIZAR A LAS DISTINTAS ENTIDADES SUJETAS A LA FISCALIZACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS"**.

Manifiesto de forma expresa como lo establece el normativo que no existe ningún parentesco dentro de los grados de ley con la bachiller **NANCY CRYSTINA LÓPEZ TOC** y mi persona. Luego de la revisión y análisis respectivo, considero que el trabajo en mención contiene disposiciones doctrinarias, legales, siguiendo un criterio histórico, administrativo que ilustra lo que representa la necesidad de realizar reformas a las distintas leyes que regulan las instituciones que fiscaliza la Superintendencia de Bancos.

La técnica que se empleo fue la documental, con la cual se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema. La redacción utilizada para el desarrollo del trabajo de tesis es muy clara, donde el ponente explica la necesidad de que se puedan unificar los requisitos y establecerlos en un solo cuerpo legal así mismo modernizar el sistema electrónico con que cuenta la Superintendencia de Bancos y así tener un mejor control de las entidades que fiscaliza.

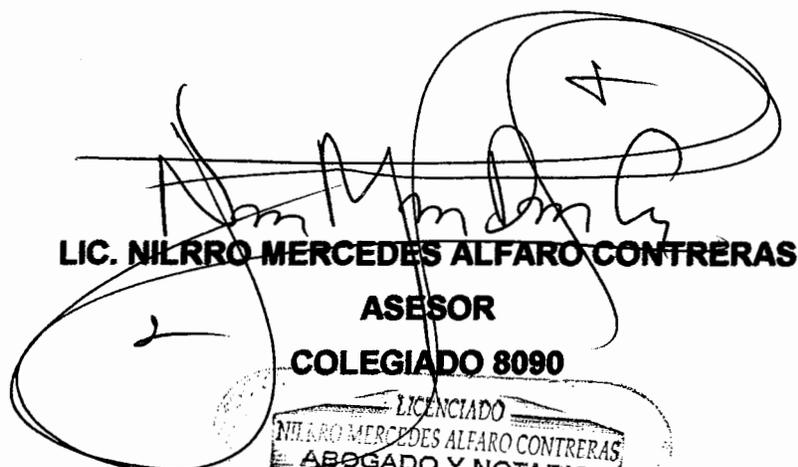
Licenciado Nilrro Mercedes Alfaro Contreras
15^a. Av. 15-16, zona 1 Barrio Gerona
Teléfono, 4024-4444



En las conclusiones, el autor, de manera acertada, concluye en que si bien existen normas legales que establecen y regulan los distintos requisitos para autorizar y posteriormente puedan iniciar operaciones las distintas entidades sujeta a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, es necesario que el Estado haga efectivas estas disposiciones legales y en dado momento no se cumpla con tales disposiciones se pueda deducir responsabilidades según sea el caso a las personas que no cumplan con lo preceptuado en la ley.

Por lo anteriormente descrito me permito informarle que el trabajo de tesis reúne los requisitos exigidos por el Normativo en su artículo 32 para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda ser aceptado para su discusión y aprobación en el examen público de tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted atentamente,


LIC. NILRRO MERCEDES ALFARO CONTRERAS
ASESOR
COLEGIADO 8090




USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



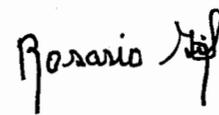
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 18 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante NANCY CRYSTINA LÓPEZ TOC, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS REQUISITOS PARA AUTORIZAR A LAS DISTINTAS ENTIDADES SUJETAS A LA FISCALIZACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.


 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO









DEDICATORIA

A Dios:

Porque me brindo el don de la vida, siempre ha estado conmigo en todo momento y por su grande amor hoy me permite cumplir uno de mis grandes anhelos, en el tiempo de Dios todo es perfecto

A Mis Padres:

María Trinidad y Miguel gracias por su amor, por su apoyo incondicional, por enseñarme a luchar por mi sueños y no darme por vencida y principalmente por enseñarme que debo de estar tomada de la mano de Dios.

A Mis Hermanos:

Mayrena, Edgar y Marvin por brindarme siempre su apoyo, su amor y también por consentirme.

A Mis sobrinos:

José Ángel, María Regina, Miguel Andrés, David Fernando, Fátima Melisa, por la alegría y bendición que han traído a mi vida

A mi Abuela:

Agustina (+) por ser un ejemplo de vida y esfuerzo.

A mis Amigas:

Blanca Monge, Paola Marroquín, Fernanda Paíz, Paola Cortave, Karen Barrios, Sindy Reyes, Cristina Mejía, Verónica García, Mónica Ramírez, Nancy Monzón y Erick Morales (+) gracias por brindarme su amistad.



A Mi Universidad:

La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme las puertas de esta casa de estudios.

A mi Facultad:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por permitirme adquirir conocimientos para mi vida profesional.

A los Licenciados:

Carmen Dubón, Homero Ávila, Nilro Alfaro, por compartir conmigo sus conocimientos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho Bancario.....	1
1.1 Naturaleza jurídica.....	1
1.2 Definición de derecho bancario.....	3
1.3 Fuentes del derecho bancario.....	6
1.4 Características del derecho bancario.....	12
1.5 Regulación legal.....	14
CAPÍTULO II	
2. Sociedades Anónimas especiales.....	17
2.1 Definición de sociedades anónimas especiales.....	17
2.2 Sociedades anónimas especiales.....	21
CAPÍTULO III	
3. Superintendencia de bancos.....	29
3.1 Antecedentes históricos.....	29
3.2 Legislación.....	33
3.2.1 La Constitución Política de la Republica.....	34
3.2.2 Ley de Supervisión Financiera.....	35
3.2.3 Ley Orgánica del Banco de Guatemala.....	36
3.2.3 Ley Monetaria.....	36
3.2.4 Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	37
3.2.5 Ley de Sociedades Financieras Privadas.....	38
3.2.6 Ley de Libre Negociación de Divisas.....	39
3.2.7 Código de Comercio de Guatemala.....	41



	Pág.
3.3 Funciones dentro del sistema de la banca central.....	42
3.4 Autonomía de la Superintendencia de Bancos.....	52

CAPÍTULO IV

4. Entidades bancarias.....	55
4.1 Bancos.....	60
4.1.1 Definición.....	60
4.1.2 Características.....	61
4.1.3 Requisitos para su autorización.....	62
4.1.4 Legislación aplicable.....	64
4.2 Empresas financieras.....	65
4.2.1 Definición.....	65
4.2.2 Características.....	66
4.2.3 Requisitos para su autorización.....	68
4.2.4 Legislación aplicable.....	68
4.3 Entidades afianzadoras.....	69
4.4 Empresas de seguro.....	70

CAPÍTULO V

5. Análisis doctrinario de los requisitos para autorizar entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Bancos.....	71
5.1 Fiscalización.....	73
5.2 Importancia de fiscalizar.....	75
5.3 Ente fiscalizador autónomo.....	77
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se pretende realizar un análisis de cuáles son los requisitos para autorizar a entidades sujetas a vigilancias e inspección que realiza la Superintendencia de Bancos. Dichos requisitos no se encuentran unificados en un solo cuerpo legal sino que están plasmados en diferentes leyes vigentes así como en formularios que proporciona la Superintendencia de Bancos.

La importancia de esta investigación es porque en los últimos años se han dado problemas relacionados con diferentes instituciones bancarias a falta de un control estricto de parte de la Superintendencia de Bancos. Esto trae como consecuencia que las personas ya no crean en la credibilidad de las instituciones bancarias así como de la vigilancia que realiza la entidad en mención.

La regulación legal de la Superintendencia de Bancos tiene su fundamento legal en la Constitución Política de la República de Guatemala así como en la Ley de Supervisión Financiera.

Uno de los objetivos de la Superintendencia de Bancos es mantener la liquidez y solvencia de las entidades sujetas a su control y que no puedan haber riesgos de protección de intereses de los usuarios así como que puedan afectar la estabilidad del sistema bancario. Además que dado el avance tecnológico se puedan implementar nuevos controles adicionales a los ya establecidos para estar a la vanguardia y seguridad de dichas entidades, estos requisitos se dan como una manera de prever que en un futuro no se puedan ocasionar daños y perjuicios a todo usuario de dichas entidades.

Es por ello que se planteó como hipótesis del presente estudio, determinar la importancia de los requisitos para autorizar a las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de parte de la Superintendencia de Bancos y que se pueda realizar la



unificación de dichos requisitos, al tiempo que se dé un control más riguroso por parte de la entidad encargada siendo la antes mencionada.

Para fundamentar la tesis se formuló como objetivo principal el realizar un análisis jurídico doctrinario para establecer los requisitos para autorizar las distintas entidades sujetas a fiscalización de parte de la Superintendencia de Bancos.

El presente trabajo se encuentra contenido en cinco capítulos desarrollados de la siguiente manera: En el primer capítulo se trata el tema el derecho bancario, aspectos generales, principios; en el segundo capítulo se estudian las sociedades anónimas especiales, naturaleza jurídica y definiciones propias del tema; en el capítulo tercero se hace referencia al tema la Superintendencia de Bancos, naturaleza jurídica, regulación legal; en el capítulo cuarto se menciona de forma especial las distintas entidades bancarias que se encuentran legalmente establecidas; y en el último capítulo se realiza el análisis doctrinario de los requisitos para autorizar entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Bancos.

Para poder realizar el trabajo de investigación se utilizaron los siguientes métodos de investigación: de recopilación de datos y el de abstracción, ya que los mismos permiten la producción de conocimiento y criterio válidos, de igual forma se aplicará el histórico; que permitió el desarrollo de la investigación y al mismo tiempo realizar una comparación histórica de la evolución del problema planteado, los métodos deductivo e inductivo y por último la síntesis que se utilizó en la fabricación de conclusiones y recomendaciones, así como en las posibles soluciones. Y las técnicas a las que recurrimos fueron la bibliográfica y documental, que permitieron recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.

CAPÍTULO I



1. Derecho Bancario

El sistema financiero en Guatemala tiene un sector que es el financiero formal, el cual está conformado por instituciones cuya autorización es de carácter estatal, y que están sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Bancos, órgano facultado para tal fin.

Este sector abarca un sistema bancario y uno no bancario. El primero incluye a los bancos comerciales y a las sociedades financieras, estas últimas, definidas por ley como instituciones especializadas en operaciones de banca de inversión (no captan depósitos y sus operaciones activas son de largo plazo).

Es evidente que el derecho bancario es de relevancia para el desarrollo del país, por lo que en este apartado se analizará más este tema.

1.1. Naturaleza jurídica

El autor Ruiz Torres menciona a Miguel Acosta Romero, sobre la naturaleza jurídica del derecho bancario opina: "La transformación del derecho bancario en derecho público, se aprecia en una serie de fenómenos económico-sociales."¹

¹ Ruiz Torres, Humberto Enrique. **Derecho bancario**. Pág. 25



El mismo autor indica: “Ya se ha demostrado que una gran parte de la doctrina extranjera y mexicana, considera que la actividad bancaria es un servicio público y, consecuentemente, está sujeta a concesión o autorización por parte del Estado. Bajo esta perspectiva, las normas que regulen esos aspectos, tiene el carácter de derecho Público.”²

Es importante mencionar lo que para el tratadista Joaquín Rodríguez, Rodríguez indica sobre su naturaleza jurídica, él opina: “Sin embargo, podríamos hablar de una autonomía didáctica, en el sentido de ser objeto de una exposición independiente, tanto por razones de una mayor extensión en el estudio del mismo, como por la conveniencia de una especialización de indudable importancia, desde el punto de vista de la práctica.”³

El tratadista Arturo, Martínez Gálvez, comparte esa postura e indica: “El Derecho Bancario, como lo anunciamos tiene una naturaleza de derecho público. Todo Derecho es expresión de una ideología, por tanto cuando afirmamos que participa del derecho público estamos aceptando que el Estado asume un papel de garantista o de tutela de los derechos de terceros que confían en las instituciones bancarias en donde depositan sus pequeños, medianos o grandes capitales.”⁴

² **Ibíd.** Pág. 26.

³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho bancario.** Pág. 4.

⁴ Martínez Gálvez, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión.** Pág. 14.



1.2. Definición de derecho bancario

El derecho bancario es poco conocido dentro del medio guatemalteco, por lo cual se mencionaran a continuación algunas definiciones para luego poder brindar una propia

“Es el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre particulares y entre las autoridades, nacidas del ejercicio de la actividad crediticia y bancaria, o asimiladas a éstas y aquéllas, en cuanto a su disciplina jurídica y evolución judicial y administrativa.”⁵

“Derecho bancario es el conjunto de normas que regulan la actividad bancaria y financiera en general, referida a sus relaciones con el Estado y los particulares”.⁶

“Derecho bancario es la rama del derecho comercial que regula las operaciones de los bancos y las actividades de ellos, que practican con carácter profesional.”⁷

“Derecho bancario es el conjunto de normas jurídicas que se refieren a la actividad de los bancos, esta actividad tiene un sujeto actor, y desde un punto de vista jurídico, consiste en el establecimiento de relaciones patrimoniales con otros sujetos, mediante la conclusión de contratos.”⁸

⁵ Acosta Romero, Miguel, **Derecho bancario**, Pág. 18.

⁶ Villegas, Carlos Gilberto, **Compendio jurídico técnico y práctico de la actividad bancaria**, Pág. 109.

⁷ Ibid. Pág. 110.

⁸ Perrot, Abeledo, **Diccionario jurídico**, Pág. 661.



Otra definición más amplia establece que: “derecho bancario es el conjunto normativo, jurisprudencial y doctrinal que regula la estructura y funcionamiento de las entidades de crédito bancarias o entidades de depósito, así como las operaciones realizadas con el público en general, incluidos sus clientes, y con otras entidades de crédito. Además de la banca oficial y privada, el derecho bancario se aplica a las cajas de ahorro y a las cooperativas de crédito. Se integra, fundamentalmente, por normas de derecho administrativo, mercantil, civil y fiscal. En este sentido, cabe distinguir entre un derecho público bancario (relativo a las normas constitucionales, administrativas y fiscales), y un derecho privado bancario (referente a las normas civiles y mercantiles).”⁹

Es una parte del derecho de las entidades de crédito, que se dedica a regular no sólo las entidades de crédito bancarias, sino también las entidades de crédito no bancarias o Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado (como las entidades de financiación, las sociedades de crédito hipotecario y otras).

Aunque los conceptos expuestos obedecen a criterios distintos, en ellos se pueden percibir algunos puntos comunes, que pueden indicarnos, además de los elementos del concepto, la complejidad del mismo.

Los elementos perceptibles con facilidad, del concepto de derecho bancario son:

⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, **Derecho bancario**. Pág. 98.



- Conjunto de normas jurídicas. Siendo el derecho bancario parte del derecho, es obvio concluir que se trata de un conjunto de normas jurídicas, en contraposición, como ya es conocido, de otras normas aplicables a la interrelación humana. Quizá es más exacto, como lo hace el último concepto, hablar de conjunto normativo, jurisprudencial y doctrinal, por tanto, hablar de norma jurídica podría inducirnos a reducir el concepto únicamente a la norma escrita o plasmada en una ley o código, y la integralidad del concepto no nos permite reducir el concepto al criterio de norma escrita o norma formal.

- Reguladoras de relaciones. Algunas relaciones reguladas por el derecho bancario son:

Entre los bancos y otras instituciones de crédito con el Estado.

Entre los bancos y otras instituciones de crédito entre sí.

Entre los bancos y demás entidades financieras con los particulares.

De esta característica se comienza a desprender la dificultad en la caracterización del derecho bancario como norma de derecho privado o de derecho público.

Reguladoras de operaciones especializadas. Algunos tratadistas, como se ha podido observar, el criterio a regular se basa en la operación, en este caso, bancaria, diferente de otras operaciones de otras entidades mercantiles. Otros autores prefieren hablar de funciones en lugar de operaciones.

- 
- Sentido amplio. El concepto no debe concebirse únicamente en función de los bancos, sino que, en la mayoría de los casos a otras entidades afines o complementarias a la actividad bancaria.

1.3. Fuentes del derecho bancario

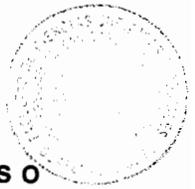
El tratadista Guillermo Cabanellas, al respecto indica: “Las fuentes del derecho son el fundamento u origen de las normas jurídicas y en especial, del derecho positivo vigente en determinado país y época.”¹⁰

Por su parte el autor Rodríguez Rodríguez, nos indica lo que para él significa el concepto de fuentes de derecho y expone: “Son las formas concretas que asume el derecho objetivo vigente, en un tiempo y en un país dados y que se reducen a la ley y a la costumbre”.¹¹

En el sentido llano de la palabra, podemos señalar como fuente, el origen o vertiente de donde nace determinada cosa. Para el caso de las normas jurídicas, es lo que da nacimiento o vida a una ley u ordenamiento jurídico y que en cierto momento es derecho positivo, es decir; de observancia obligatoria para cualquier sujeto que se encuentre dentro del territorio nacional, aunque puede también ser no vigente, tal el caso de cierto ordenamiento que ya perdió positividad, derivado de la creación de otras normas jurídicas o porque la necesidad de su aplicación ya no es necesaria.

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 174

¹¹ Rodríguez. *Ob. Cit.* Pág. 2.



En nuestra opinión, las fuentes del derecho significan, los principios, los fundamentos o el origen de las normas jurídicas, naciendo de esa forma al ordenamiento jurídico de un país y en un tiempo determinado.

El autor guatemalteco, Alberto, Pereira Orozco, citando al maestro Eduardo García Maynez, señala: "Que la terminología de la palabra fuente, tiene tres aspectos importantes a saber, fuentes formales, reales e históricas",¹² las cuales señalaremos de acuerdo no al autor, sino a nuestra opinión.

- Fuentes históricas:

En este caso podemos indicar, que son todos aquellos documentos que el legislador consulta, para tener mejor certeza al crear o plantear la norma jurídica, dicho de otra manera; pueden ser documentos que contengan un conjunto de leyes que ya no se encuentran vigentes, pero que sirven para ilustrar mejor el planteamiento de la ley a crearse.

- Fuentes reales:

Estos son los factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas, se pueden mencionar también, como las necesidades que tiene la población en determinado momento, para que pueda plantearse la creación de una norma jurídica al

¹² Pereira Orozco, Alberto. **Introducción al estudio del derecho I.** Pág. 62.



caso concreto, entre estos factores están los económicos, los sociales, los culturales, los éticos, religiosos, etc.

- Fuentes formales:

Podemos indicar que son los procesos de creación de las normas jurídicas, en nuestro país, este procedimiento es el señalado en la Constitución, es el procedimiento legislativo, el Congreso de la República de Guatemala es el único ente encargado de crear, modificar o derogar las normas jurídicas en el país.

La doctrina reconoce cuatro fuentes formales las cuales detallaremos a continuación:

- La ley:

El autor guatemalteco Alberto Pereira Orozco, citando a Pérez Guerra, Mario, nos indica: "Es el producto del proceso legislativo, la cual puede ser general, cuando afecta a toda una sociedad, especial, cuando afecta a un determinado ámbito personal, material, espacial, o temporal de validez."¹³

El tratadista Guillermo Cabanellas, indica que la ley es: "Una regla, norma o precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo. Es la expresión positiva del derecho. Regla de conducta obligatoria dictada por el poder legislativo, o por el

¹³ Ibid. Pág. 77.



ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones. También se considera cualquier norma jurídica obligatoria.”¹⁴

En su sentido amplio diremos, que es el conjunto de normas jurídicas, que son declaradas de observancia obligatoria en un Estado, por el órgano que tenga el poder necesario, para hacerlas cumplir coercitivamente.

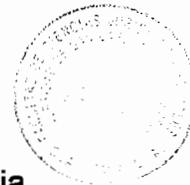
En su sentido estricto en nuestra opinión, es el conjunto de normas jurídicas creadas por el organismo del Estado, al cual la Constitución le asigna la potestad legislativa, y éste las declara de observancia general y obligatoria.

Consideramos que la ley no es fuente de la propia ley, es fuente del procedimiento material o legislativo seguido para la creación de las normas jurídicas, así técnicamente, la ley en sí es ya estrictamente derecho, no fuente de su creación, pero los legisladores así lo plasmaron en la Ley del Organismo Judicial.

- La jurisprudencia:

El tratadista nos indica lo que para él significa el proceso jurisprudencial: “Esta constituido en el derecho guatemalteco, y en materia civil, por la emisión de cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncie el mismo criterio, en casos similares y

¹⁴ Cabanellas. Ob. Cit. Pág. 233.



no interrumpidos por otro en contrario, el producto de este proceso es la Jurisprudencia, llamada también doctrina legal.”¹⁵

La jurisprudencia en nuestra opinión significa la reiteración de fallos o resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional de más alta jerarquía, que resuelven de la misma manera casos similares y que se convierten en la interpretación obligatoria para todos los demás tribunales.

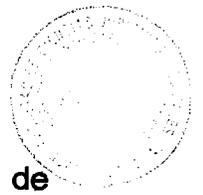
- Usos y costumbres:

Según el diccionario jurídico elemental del autor Guillermo Cabanellas, el uso como fuente del derecho significa: “Práctica, estilo o modo de obrar colectivo o generalizado que se ha introducido imperceptiblemente y ha adquirido fuerza de ley. Aquí el uso es sinónimo de modo de proceder, y constituye un elemento de la costumbre.”¹⁶

Al respecto el tratadista, Joaquín Rodríguez Rodríguez, indica: “Los usos bancarios generalmente están inspirados por el interés de las grandes empresas bancarias, lo que resulta lógico y admisible, en la medida en que ello no se oponga al derecho, a la moral o al orden público. Es natural, en efecto, que sean las empresas que profesionalmente se ocupan de estas actividades las que impongan sus conveniencias y las directrices

¹⁵ Acosta. **Ob. Cit.** Pág. 70.

¹⁶ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 395.



generales para la contratación, apartando a esta de las peculiaridades caprichosas de cada cliente.”¹⁷

Para el autor Acosta, el uso significa: “Una especie de la costumbre y en materia mercantil, podría decirse que es aquella practica constante y reiterada que utilizan los comerciantes y banqueros en sus transacciones y a la que le han dado la opnio juris seu necessitatis, por la dinámica misma de las transacciones comerciales, que impone una mayor celeridad y la utilización de usos y prácticas comunes que obligan a las partes, el uso comercial es un elemento típico, de todos los contratos de la misma especie, el sedimento de las cláusulas originariamente pactadas.”¹⁸

Para el tratadista Cabanellas, la costumbre significa: “Una de las fuentes del derecho, que no es otra cosa que normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso. En la definición de Ulpiano: el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo uso.”

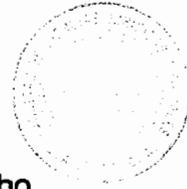
19

Se puede decir que el uso significa, una forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas; en ese orden de ideas manifestamos también lo que en nuestra opinión significa la costumbre, ésta es una práctica reiterada que se realiza en un grupo social o en una colectividad de seres humanos, de la cual las personas que la practican creen que es obligatoria.

¹⁷ Rodríguez. Ob. Cit. Pág. 10.

¹⁸ Acosta. Ob. Cit. Pág. 72.

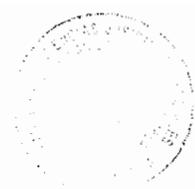
¹⁹ Cabanellas. Ob. Cit. Pág. 100.



Según la ley del Organismo Judicial en el Artículo 2. Establece las fuentes del derecho, e indica en su segundo párrafo: “Que la costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

1.4. Características del derecho bancario

Aunque el derecho bancario no posea una total autonomía científica y sustantiva, sí que posee una serie de rasgos propios, como es la íntima conexión del derecho bancario privado, con el derecho mercantil (es decir: la pertenencia de parte de sus preceptos a este sector del derecho); conexión que pone de manifiesto algunas sensibles analogías, pero también claras divergencias, entre ambos. Derecho mercantil y derecho bancario de la contratación experimentan las consecuencias de manifestarse como reguladores de actividades que se llevan a cabo en masa; a saber: la estandarización y uniformidad de las relaciones jurídicas, con el consiguiente uso de contratos tipo o contratos de formulario, que llevan incorporadas prolijas series de cláusulas o condiciones generales, que dan lugar a una profunda erosión del factor consentimiento, y que, en consecuencia, funcionan según unos esquemas rígidos, preestablecidos por la ley o por el uso o práctica bancaria, como lo que los juristas franceses denominan mecanismos jurídicos; unas instituciones creadas, no por los juristas, sino por la práctica mercantil, con el ánimo de sustituir a los contratos, cuando las relaciones jurídicas que se van a crear y regularse hacen demasiado complejas, o involucran a demasiados sujetos.



- Autonomía del derecho bancario

El autor Martínez expone: “El Derecho Bancario, al que consideramos como una disciplina autónoma estudia un conjunto sistematizado y unificado del conocimientos sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales relativas a las actividades correspondientes a la banca, al crédito con métodos y fines propios y observando las directrices emanadas de las autoridades monetarias y de supervisión.”²⁰

El autor Miguel Acosta Romero, indica: “Ya hemos afirmado que el derecho bancario aún está considerado dentro del Derecho Mercantil y más bien afirmaríamos, dentro del derecho mercantil administrativo, pero tiene autonomía. Expresamos este juicio con fundamento en que el derecho bancario tiene un objeto propio de conocimiento, una sistematización independiente en cuanto a su estructura, medios propios también de desarrollo y de conocimiento y normas que son específicas para esta materia, de aquí que por todo ello afirmamos que la ciencia del derecho bancario es el conjunto sistematizado y unificado de conocimientos sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales relativos a las actividades de Banca y Crédito, en busca de principios generales, con un método propio de investigación y desarrollo.”²¹

Los jurisconsultos consideran al derecho bancario como autónomo, en virtud de que su estudio se realiza a través de principios propios, instituciones y leyes específicas, por lo que lo hace ser independiente de cualquier rama del derecho público.

²⁰ Martínez. **Ob. Cit.** Pág. 15.

²¹ Acosta. **Ob. Cit.** Pág. 60.



1.5. Regulación legal

- Legislación constitucional:
 - Constitución Política de la República de Guatemala.

- Legislación especial sobre instituciones bancarias y operaciones de crédito, éstas se registrarán en su orden:
 - Las leyes específicas de cada institución bancaria;
 - La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002, del Congreso de la República;
 - Las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria;
 - La Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto Número 16-2002, del Congreso de la República;
 - La Ley Monetaria, Decreto Número 17-2002, del Congreso de la República;
 - La Ley de Supervisión Financiera, Decreto Número 18-2002, del Congreso de la República;
 - La Ley de Sociedades Financieras Privadas, Decreto Ley Número 208 Jefe de Gobierno, Enrique Peralta Azurdia;
 - La Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto Número 34-96, del Congreso de la República;
 - La Ley de Almacenes Generales de Depósito, Decreto Ley Número 1746;
 - La Ley de la Actividad Aseguradora, Decreto Número 25-2010, del Congreso de la República;



- La Ley d Libre Negociación de Divisas, Decreto Número 94-2000, del Congreso de la República;
- La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001, del Congreso de la República;

- Legislación mercantil común:
 - Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70, del Congreso de la República.

- Derecho común:
 - Código Civil, Decreto Ley 106 Jefe de Gobierno, Enrique Peralta Azurdia;
 - Ley del Organismo Judicial Decreto Número 2-89, del Congreso de la República.



CAPÍTULO II

2. Sociedades anónimas especiales

En el presente capítulo se analizan lo que son las sociedades anónimas especiales, por lo cual se acude a la doctrina y a las normativas vigentes.

2.1. Definición de sociedades anónimas especiales

Para hablar de sociedades anónimas especiales, primero se mencionará lo que es una sociedad anónima en general.

Para establecer una definición sencilla de sociedad anónima diremos que es aquella sociedad mercantil de tipo capitalista, que tiene un capital dividido y representado en títulos llamados acciones y la responsabilidad de los socios se limita hasta el monto de las acciones que hubieren suscrito. Su denominación social se forma libremente con el agregado obligatorio de la leyenda: Sociedad Anónima y el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más socios, pero siempre debe incluirse la designación del objeto principal de la sociedad.

Históricamente se considera que: "La sociedad anónima se dio por primera vez en el derecho romano, durante el siglo III antes de Cristo. Estas sociedades eran denominadas *societas vectigalium publicanorum* tenían carácter corporativo y



contemplaban la posibilidad de que los socios pudieran transmitir sus derechos sociales, por la poca transmisión de estos derechos se le resta importancia al elemento personal lo cual marca los primeros indicios de la sociedad de capitales.”²²

Después de haber expuesto brevemente antecedentes sobre la sociedad anónima, consideramos importante desarrollarlas características que diferencian este tipo de sociedad con el resto de las sociedades mercantiles, para determinar cuáles son los elementos que tipifican a esta forma de organización. Cabe mencionar que, únicamente nos referimos a aquellos elementos en que la sociedad se ve de cierta manera desvirtuada por las disposiciones de la Ley de Bancos y Grupos Financieros y no entraremos a analizar la sociedad anónima como un todo en general, sino únicamente haremos mención de algunas características de la sociedad bancaria, como sociedad anónima.

Las sociedades mercantiles, como es de saberse, se han dividido, según la posición jurídica de los socios, en sociedades de personas y sociedades de capitales, esto no quiere decir que haya sociedades únicamente de personas o únicamente de capitales ya que ambos elementos son importantes.

El Código de Comercio en el Artículo 86, establece que: “Sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones.” Se observa entonces que el espíritu de la misma se enfoca directamente al capital y se le resta importancia a la

²² Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**, Pág. 130.



fama del socio. No obstante, en los reglamentos para la adquisición de acciones de bancos y autorización, constitución y fusión de bancos privados nacionales y el establecimiento de sucursales de bancos extranjeros, el elemento subjetivo es de suma importancia al requerir para dichas autorizaciones: información relativa a la solvencia económica, honorabilidad y sentido de responsabilidad de los organizadores, de los accionistas fundadores, miembros del concejo de administración y principales funcionarios ejecutivos, para lo que se les exige a los mismos: currículum vitae, estados patrimoniales, antecedentes penales, antecedentes policíacos, documentos de identificación, número de identificación tributaria, entre otros. Observamos entonces, que aunque los bancos tengan capital accionado, poseen ciertas características propias de las sociedades personalistas, dándole suma importancia al status o fama comercial de los socios, al exigir los requisitos de honorabilidad y responsabilidad de accionistas, ejecutivos y miembros del consejo de administración.

La sociedad bancaria se aleja en cierta forma de la definición típica de sociedad capitalista, en la que se encuadra la sociedad anónima, ya que en la sociedad bancaria la calidad y posición jurídica de sus miembros es tan importante como el capital que aportan.

En conclusión se puede resaltar que en una sociedad anónima prevalece el elemento capitalista sobre el personalista, en una sociedad bancaria, por su parte, el elemento capitalista es igualmente esencial; pero su posición de sociedad anónima especial, le permite exigir requisitos típicamente personalistas, como los mencionados en el párrafo



anterior, en que se matiza mucho sobre la calidad de los socios, como más adelante detallaremos, la ley exige como requisito de constitución de un banco publicar los nombres de sus fundadores y accionistas para dar a conocer quiénes son las personas que intervienen en su dirección. La estimación que se hace en cuanto a la calidad de los accionistas de un banco, se refleja en la obligación que tienen estos de emitir acciones nominativas y de enviar listados de informes de los mismos a la Superintendencia de Bancos.

- **Sociedades anónimas especiales**

Hay varias clases de sociedades mercantiles, pero es la sociedad anónima la que más se adapta al mundo globalizado moderno por sus características extraordinarias, las cuales encontramos en el Código de Comercio de Guatemala; sin embargo existen otro tipo de sociedades llamadas especiales, que por su extraordinaria forma de regulación poseen características únicas, que las distinguen de cualquier otra sociedad, no obstante su carácter de sociedad anónima.

Las sociedades anónimas especiales son aquellas que su constitución, transformación, organización y fusión se rigen por leyes específicamente creadas con el objeto de regularlas, es decir que su forma básica de organización es como sociedad anónima, pero debido a la función especialísima para la que fueron creadas requieren de una normativa diferente que las regule, es por ello que se denominan de naturaleza especial.



En Guatemala existe varias sociedades especiales como:

- Sociedad anónima de inversión, regulada por la Ley de Mercado Valores y Mercancías.
- Sociedad anónima aseguradora, regulada por el Decreto ley 473.
- Sociedad anónima financiera, regulada por la Ley de Sociedades Financieras Privadas.

2.2. Sociedades anónimas especiales

Se mencionara un pequeño análisis de algunas de las sociedades anónimas especiales de Guatemala.

- Sociedad anónima de inversión, regulada por la Ley de Mercado Valores y Mercancías:

La sociedad de inversión puede definirse como: una sociedad anónima especial cuyo capital es variable puesto que puede disminuirse o aumentarse dentro de ciertos límites, sin que ello implique modificación a su escritura constitutiva.

El jurista Guillermo Cabanellas, indica que “la mecánica de estas sociedades se basa en la recepción de fondos de los inversionistas individuales a los que venden su emisiones, para reinvertir una vez lo ingresado así en valores de otras empresas”.²³

²³ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 219.



Esto se puede resumir como aquella sociedad por la cual los micro, pequeños y medianos inversionistas que cuenta con capital para invertir, entrega su activo financiero a la sociedad, la cual emite acciones, con el objeto de invertir en acciones en otras empresas, y así obtener una utilidad más elevada que la que ofrecen las instituciones bancarias.

Según Manuel Ossorio se entiende por sociedad de inversión “aquella organización en la cual los fondos combinados de múltiples participantes son invertidos en una diversidad de valores, a fin de obtener seguridad de capital a través de la distribución de los riesgos”.²⁴

Se podría decir que son sociedades anónimas especializadas en la administración de inversiones, que reúnen los capitales de numerosos ahorrantes y los invierten por cuenta y beneficio de éstos en un conjunto amplio y selecto de valores, sin intentar lograr el control de las empresas en las que invierten. Su principal objetivo es diversificar las inversiones y con ello disminuir los riesgos, así como promediar las utilidades.

- Objeto de la sociedad de inversión:

²⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 716.



En el Código de Comercio se establece que, las sociedades mercantiles tienen la finalidad de captar u obtener el mayor número de utilidades o ganancias.

Por lo que aquella sociedad que tenga como finalidad la obtención o captaciones de utilidades por medio de inversiones de títulos valores, para obtener un lucro, es el trafico corriente de lo que se conoce como, sociedad de inversión, ya que utiliza una forma moderna de efectuar inversiones, de forma colectiva y presenta algunas ventajas sobre la forma tradicional de inversiones en valores efectuadas individualmente.

Las sociedades de inversión tienen un objeto exclusivo, puesto que muchos micro, pequeños y medianos inversionistas, son posibles ahorrantes y no cuentan con un capital para invertir en una forma eficaz, puesto que no poseen suficientes valores monetarios.

Por lo general este tipo de inversionistas, no tienen experiencia, conocimientos técnicos para desarrollar una inversión adecuada.

En los Artículos 2 y 73, inciso f de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, decreto 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, establece cuál es el objeto de este tipo de sociedad.

Artículo 2. Valores. "todos aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, títulos de crédito típicos o atípicos, que incorporen o representen, según sea el caso, derechos de propiedad, de crédito o de participación." Artículo 73. Las sociedades de inversión,



son aquéllas que tienen por objeto exclusivo, la inversión de sus recursos en los valores a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley.

Por lo que se deduce de la Ley que el objeto de este tipo de sociedades es exclusivo y consiste en invertir sus recursos en valores, cuentas de ahorro, certificados de depósito u otros instrumentos financieros de inversión, siempre que la escritura social lo permita expresamente.

- Sociedad anónima financiera, regulada por la Ley de Sociedades Financieras Privadas:

Las Sociedades Financieras Privadas deberán constituirse en forma de sociedades anónimas y regularán y desenvolverán sus objetivos, funciones y operaciones de conformidad con la presente ley, las leyes bancarias y la legislación general de la República en lo que les fuere aplicable y con las disposiciones e instrucciones que emita la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos en aplicación de tales leyes y sus reglamentos.

Para la constitución de las Sociedades Financieras se llenarán los requisitos prescritos en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, y para su autorización deberán seguirse los procedimientos que dicha ley señala para la creación de nuevos bancos.



En caso de duda respecto a la naturaleza de una institución financiera, la Superintendencia de Bancos podrá realizar las inspecciones o investigaciones que considere convenientes y exigir, con tal objeto, la presentación de libros o documentos de la persona o entidad de que se trate.

El Artículo 5 de la Ley de Sociedades Financieras Privadas establece: "Las Sociedades Financieras podrán realizar las siguientes operaciones que promuevan el desarrollo y la diversificación de la producción nacional:

- a) Llevar a cabo la organización, modificación, ampliación, transformación y fusión de empresas;
- b) Suscribir, adquirir, mantener en cartera y negociar acciones o participaciones en cualesquiera de las empresas a que se refiere el inciso anterior, siempre que se trate de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada;
- c) (Reformado por Artículo 1o. del Decreto 51-72 del Congreso de la República). Emitir por cuenta propia, títulos y valores que tengan por objeto captar recursos del público para financiar las operaciones activas contempladas en la presente ley. Las características de las emisiones, tales como el plazo, tasa de interés, clase de título o valor u otras, a que se refiere este inciso, serán aprobadas previamente por la Junta Monetaria en cada caso.
- d) Colocar obligaciones emitidas por terceros y prestar su garantía para el pago de capital e intereses. La Junta Monetaria señalará con carácter general las condiciones en que deben prestarse esta clase de garantías;



- e) Actuar como Fiduciario;
- f) Actuar como agente y representante común de obligacionistas;
- g) Comprar, mantener en cartera, vender y en general operar con valores públicos y privados de la Comunidad Económica Centroamericana.
- h) Otorgar créditos a mediano y largo plazo:
- i) Otorgar préstamos con garantía de documentos que provengan de operaciones de venta a plazos de bienes muebles, cuando se refieran a empresas que puedan ser financiados por estas instituciones;
- j) Otorgar créditos para realizar estudios iniciales y básicos de proyectos cuya inversión de carácter productivo se efectúe en el territorio de Guatemala;
- k) Otorgar aceptaciones y endosar y avalar títulos de crédito;
- l) Obtener, previa autorización de la Junta Monetaria, concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales, con el objeto de transferirlas a las empresas que para el efecto promuevan. La junta Monetaria fijará el plazo y condiciones en que deberá hacerse la transferencia;
- m) Financiar investigaciones científicas que contribuyan al desarrollo de nuevas actividades productivas y en su caso obtener las patentes respectivas. La Junta Monetaria fijará los límites máximos e inversión en esta clase de operaciones; y
- n) Realizar las demás operaciones financieras comprendidas dentro de la naturaleza y funciones que se señalan en el artículo primero de la presente ley”.



- **Diferencia entre sociedad de inversión y sociedades financieras:**

Algunos autores clasifican a la sociedad de inversión, dentro del campo del que hacer financiero, por lo que debe de establecerse cierta relación; sin embargo, la participación en otras sociedades, objeto de las sociedades financieras, tiene distintas finalidades que permiten colocar en cierto lugar dentro de la misma clasificación, a la sociedad de inversión, en tal virtud se puede considerar a la sociedad de inversión como aquella cuyo objeto, no es el control de otra sociedad, sino la colocación de su activo en títulos valores para obtener una renta, sobre la base de la diversificación de riesgos.

Diferencia de las sociedades financieras, cuya finalidad típica es la financiación de otras empresas.

En las sociedades de inversión o de capital variable no es necesario el procedimiento consistente en publicar el acuerdo de reducción, ni hay posible derecho de oposición de los acreedores. Por lo que al incluir en la denominación las siglas de C.V. se hace constar que el capital es variable por lo que en este caso las únicas formalidades que tiene dicha sociedad en el caso del capital son las siguientes:

- La sociedad debe llevar un libro especial, para registrar las variaciones de capital;
- Las variaciones sin embargo no deben de inscribirse en ningún Registro.





CAPÍTULO III

3. Superintendencia de Bancos

En este apartado se estudiará lo que es la Superintendencia de Bancos, la cual es un órgano de banca central, eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección de la Junta Monetaria, es una institución descentralizada, pudiendo ejercer su función con plena autonomía técnica y funcional e incluso, tomar ciertas decisiones de orden político para la consecución de sus fines.

La incidencia de la Superintendencia de Bancos en la sociedad guatemalteca es gran importancia por las múltiples funciones que se le asignan legalmente, por lo cual se analizara con detenimiento en este capítulo.

3.1. Antecedentes históricos

La Superintendencia de Bancos nace en julio de 1,946, sus funciones tuvieron formal principio el 2 de septiembre de ese mismo año, actualmente tiene su mandato constitucional, en el Artículo 133 último párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece: "La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga", por lo que es el órgano que ejerce vigilancia



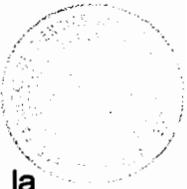
e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras y las demás que la ley disponga, a efecto de que dichas instituciones mantengan la liquidez necesaria, la solvencia apropiada al riesgo que asumen y la solidez patrimonial suficiente para atender oportunamente sus obligaciones propiciando el fortalecimiento de la confianza del público en el sistema financiero nacional.

Indica el Licenciado Gilberto Pérez, "Con la promulgación del Código de Comercio de Guatemala en 1877, se normaron las transacciones comerciales y surgieron las sociedades, entre éstas los bancos y con ello surge la necesidad de los inspectores bancarios, éstos garantizaban con sus auditorías los intereses de la colectividad, posteriormente a nivel estatal, surge la Superintendencia de Bancos que funciona a la fecha, realizando este tipo de supervisión."²⁵

El profesional mencionado es Contador Público y Auditor y él indica, que las auditorías que realiza la Superintendencia de Bancos, garantiza los intereses de la colectividad, el autor cree, que la entidad fiscalizadora, si hace auditorías, porque él comprende el concepto de lo que es una auditoría, pero a nosotros nos da dudas que la Superintendencia, de verdad las realice, después de las quiebras de los bancos señalados, no se cree que sea así.

– **Ámbito de su competencia:**

²⁵ Pérez Orozco, Gilberto Rolando. **Normas y procedimientos de auditoría II.** pág.22.



Podemos definir la competencia, como el conjunto de facultades y atribuciones que la ley otorga a un órgano administrativo, para que preste un servicio público y de esta manera busque satisfacer el bien común a la población.

La competencia de la Superintendencia de Bancos está inmersa dentro de todo el sistema bancario que opera en el país, ello significa, que tiene facultad para realizar cualquier forma de vigilancia a la información que estos entes deben por ley presentarle, sin embargo; ésta información creemos que contiene una serie de errores o alteraciones, ésta opinión surge en virtud de que la Superintendencia de Bancos ha sido incapaz de detectarlos a tiempo, la ley también faculta a dicha entidad para intervenir a los bancos, lo cual ha ayudado a que los banqueros tengan el suficiente tiempo para abandonar el país, este es un fenómeno que hemos enfrentado casi todos los guatemaltecos, en los últimos años.

– Tipos de competencias:

Existen varios tipos de competencias, al respecto el autor Sánchez Meléan, indica que pueden enumerarse las siguientes: “las recurrentes, las propias, las legales, las constitucionales, las transferidas, así existen otras más, pero solo describiremos en la presente investigación las más importantes.”²⁶

²⁶ Sánchez Meléan, Jorge. **Competencias constitucionales, legales y transferidas.** <http://www.saber.ula.ve/cieprol/provincia>, (Guatemala, 01 de marzo de 2013).



- **Constitucionales:**

Esta competencia debe tener su fundamento en nuestra Constitución, el Artículo 133 último párrafo determina: “Que la Superintendencia de Bancos organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras y las demás que la ley disponga”.

El Artículo 132 preceptúa cual es el fundamento de la Junta Monetaria, e indica: “Es una entidad autónoma con patrimonio propio, se rige por su ley orgánica y por la ley Monetaria, es una institución que depende del Banco de Guatemala.”

Otro fundamento que debe tenerse en cuenta es el Artículo 119 literal K, que indica: “que es obligación fundamental del Estado la protección de la formación del capital, el ahorro y la inversión.”

- **Legales:**

Este tipo de competencia, podríamos decir que tiene parte de su fundamento en los considerandos de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002, del Congreso de la República, el considerando uno cita: “El desarrollo económico y social del país requiere de un sistema bancario confiable, solvente, moderno y competitivo, que mediante la canalización del ahorro hacia la inversión, contribuya al crecimiento sostenible de la economía nacional, y que de acuerdo con los procesos de



apertura de las economías, debe ser capaz de insertarse adecuadamente a los mercados internacionales.”

Así mismo, el Artículo 1 de la misma ley preceptúa: “El objeto de la misma es regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidaciones de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos extranjeros”.

- Delegadas:

Estas competencias, son las que además de las que le confiere la propia ley al órgano administrativo o la Constitución, el gobierno central delega, a través de procedimientos administrativos, o las que se delegan entre los mismos órganos internamente, pero que son delegadas por el Organismo Ejecutivo, de acuerdo a la ley de Descentralización, en este caso. Este tipo de competencia se ve más de gobierno central hacia los municipios, cuando estos mismos lo solicitan, o cuando el organismo ejecutivo decide otorgar ciertas cuotas de poder adicionales a las ya establecidas.

3.2. Legislación

La Superintendencia de Bancos por ser un órgano de gran relevancia se encuentra regulada en diferentes normativas en las cuales tiene incidencia o competencia, por lo



cual a continuación se mencionará dichas normativas.

3.2.1. La Constitución Política de la Republica

Para este tema inicialmente citaremos el Artículo 119 inciso a) de la Constitución, el cual preceptúa: “El Estado de Guatemala, tiene por obligación fundamental, promover el desarrollo económico de la nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza; el inciso k), establece: Que también es obligación fundamental del Estado, proteger la formación del capital, el ahorro y la inversión”.

Nuestra Constitución en el Artículo 133 último párrafo determina: “Que la Superintendencia de Bancos organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras y las demás que la ley disponga”.

El Artículo 132 de la Carta Magna, establece el fundamento de la Junta Monetaria, e indica: “Es una entidad autónoma con patrimonio propio, se rige por su ley orgánica y por la Ley Monetaria, es una institución que depende del Banco de Guatemala”.

También recordamos que ante estas competencias, el Artículo 154 de la Carta Magna al respecto señala: “La función pública y la sujeción a la ley, los funcionarios son



depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial sujetos a la ley y jamás superiores a ella, los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido alguno”.

El Artículo 155 sigue manifestando: “Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que causaren.”

En virtud de la relación que guardan todas las leyes de Guatemala, en congruencia con la Constitución, podemos indicar que si de ellas se desprendiese, violación a la misma, sería nula ipso jure, esto es de pleno derecho.

3.2.2. Ley de Supervisión Financiera

Bien importante es la inspiración que se fundamentó en el considerando segundo de la ley, contiene preceptos importantes al tema que se investiga, éste indica: “Le corresponde a la Superintendencia de Bancos, entre otras atribuciones, cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables, a fin de que las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, mantengan la liquidez y solvencia adecuadas, que les permita atender oportuna y totalmente sus obligaciones, y evalúen y manejen adecuadamente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de las operaciones



que efectúen, en función de la protección de los intereses del público, que confía sus ahorros a dichas entidades.”

3.2.3. Ley Orgánica del Banco de Guatemala

Esta ley fue creada, con el objetivo de promover la creación y mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo de la economía nacional, así como para fortalecer el buen funcionamiento del sistema financiero del país.

Según el Artículo 1 de dicha ley, regula su objeto: “La presente ley tiene por objeto normar lo atinente a la estructura y funcionamiento del Banco de Guatemala a que se refiere el Artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala.”

El Artículo 3 preceptúa el objetivo fundamental e indica: “El Banco de Guatemala tiene como objetivo fundamental, contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios.”



3.2.3. Ley Monetaria

En referencia a esta ley, solo prescribe quien puede emitir monedas en el país, el Artículo 2 establece la potestad de emisión: “Únicamente el Banco de Guatemala, puede emitir billetes y monedas, dentro del territorio de la República.” El Artículo 3 preceptúa: Circulación ilegal: “Cualquier persona distinta al Banco de Guatemala, que haga circular billetes, monedas, vales, pagarés u otros documentos, que contengan promesa de pago en efectivo, al portador o a la vista, o fichas, tarjetas, laminillas, planchuelas u otros objetos, con el fin de que sirvan de moneda nacional, será sancionada, según el caso, con las penas prescritas en el Código Penal.”

Esta ley se menciona debido al impacto que tiene en la especificación del dinero en circulación el cual es parte del derecho bancario.

3.2.4. Ley de Bancos y Grupos Financieros

Esta ley regula la actividad de la intermediación financiera, así lo establece el Artículo 1 de la citada ley, y señala cuál es su objeto: “La presente ley tiene por objeto regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos extranjeros.”



El Artículo 3 preceptúa a que se le denomina intermediación financiera bancaria, este precepto establece: “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 y otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.”

El Artículo 5 de la misma ley indica cual es la legislación aplicable a la instituciones bancarias y financieras: “Los bancos, las sociedades financieras, los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar, los grupos financieros, y las empresas que conforman a estos últimos, y las oficinas de representación de bancos extranjeros se registrarán, en su orden, por sus leyes específicas, por la presente ley, por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y, en lo que fuere aplicable, por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria y la Ley de Supervisión Financiera. En las materias no previstas en estas leyes, se sujetaran a la legislación general de la República en lo que les fuere aplicable.”

3.2.5. Ley de Sociedades Financieras Privadas

El considerando cuarto de la ley, menciona: “Que es conveniente que todas las instituciones que reciban fondos del público para otorgarlos en operaciones crediticias,



estén sujetas a una misma orientación, control y vigilancia.”

El Artículo 2 párrafo tercero de esta ley, preceptúa: “En caso de duda respecto de la naturaleza de una institución financiera, la Superintendencia de Bancos podrá realizar las inspecciones o investigaciones que considere convenientes y exigir, con tal objeto, la presentación de libros o documentos de la persona o entidad que se trate.”

El Artículo 4 señala: “Las sociedades financieras estarán sujetas a la jurisdicción de la Junta Monetaria y a la inspección, intervención y fiscalización de la Superintendencia de Bancos, quedando afectas a lo dispuesto en el Artículo 51 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala.”

Desde el año de 1946, como hemos señalado se le otorga la inspección y vigilancia a la Superintendencia de Bancos, ya que esta es una ley antigua, por así decirlo, pero aún está vigente con algunas reformas, que quedaron contempladas en los Decretos números 51-72 y 24-95, ambos del Congreso de la República.

3.2.6. Ley de Libre Negociación de Divisas

El Artículo 1 de esta ley indica: “El sistema cambiario. Es libre la disposición, tenencia, contratación, remesa, transferencia, compra venta, cobro y pago con divisas, y serán por cuenta de cada persona individual o jurídica, nacional o extranjera las utilidades, las



pérdidas y los riesgos, que se deriven de las operaciones que de esa naturaleza se realice.”

En el párrafo tercero del artículo anterior, preceptúa: “No obstante el párrafo anterior, la emisión de títulos de crédito o título valores, expresados en moneda extranjera, que realicen los bancos y las sociedades financieras privadas, requerirá autorización de la Junta Monetaria.”

El Artículo 3 establece cuales son las Casas de Cambio: “Para efectos de esta ley, las casas de cambio, son aquellas sociedades anónimas no bancarias, que operan en el mercado institucional de divisas, estas deberán ser autorizadas por la Junta Monetaria”. El párrafo segundo, manifiesta: “La Superintendencia de Bancos, ejercerá la vigilancia e inspección de las casas de cambio, en cuanto a sus operaciones cambiarias y deberá observar las disposiciones que para el efecto, dicte la Junta Monetaria.”

Esta ley, no tiene mucha relación con el tema investigado, pero si tiene un aspecto importante que debemos señalar y es que, toda persona individual o jurídica, que realice transacciones de cambio, una vez autorizada, corre por su cuenta y riesgo las ganancias, así como, las pérdidas, sin embargo; la detallamos porque la misma es una ley que regula parte del sistema financiero del país.



3.2.7. Código de Comercio de Guatemala

El Artículo 12 del Código de Comercio de Guatemala, establece el régimen legal de los bancos, aseguradoras y análogas: “Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas, se registrarán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este código en lo que no contravenga, sus leyes especiales.”

El Doctor Arturo Villegas Lara considera: “En cuanto a la especialidad que debe tener el órgano de administración de los bancos, que solo se puede confiar a una administración colegiada a la que se denomina Directorio, y que se fija un mínimo de tres personas para integrarlo.

El cargo en dicho directorio, no puede desempeñarlo:

- a) Los menores de 25 años.
- b) Los que se desempeñan como tales en otra institución bancaria, los funcionarios y empleados del mismo.
- c) Los deudores morosos.
- d) Los quebrados mientras no hayan sido rehabilitados, los condenados por quiebra culpable o fraudulenta.
- e) Los condenados por delitos de falta de probidad.



f) Los legalmente incapacitados”.

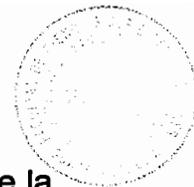
Como puede observarse, opina el mismo autor, estos requerimientos no existen en la sociedad anónima común, por otra parte en su autorización, interviene la Superintendencia de Bancos y la Junta Monetaria; pero la autorización definitiva, se obtiene por acuerdo gubernativo, que dicta el Presidente de la República, por conducto del Ministerio de Economía. Para autorizar a un banco, se debe inscribir en el Registro propio de la Superintendencia, está sujeto a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos y a la autoridad de la Junta Monetaria, sin perjuicio de inscribirlo en el Registro Mercantil, estas son otras diferencias específicas con la sociedad anónima común, la que no está sujeta a ningún control estatal.²⁷

3.3. Funciones dentro del sistema de la banca central

Dentro del esquema de banca central, la Superintendencia de Bancos dispone 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 cuenta a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

El Superintendente de Bancos, ejerce la dirección superior de la institución y es nombrado por la Junta Monetaria. El Superintendente actúa dentro del ámbito de acción

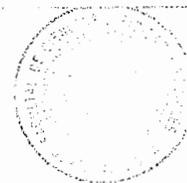
²⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 224.



del sistema de la banca central, bajo la dirección general de la Junta Monetaria, de la que es asesor permanente.

Citando el Artículo 3 de la Ley de Supervisión Financiera en las funciones que debe realizar la Superintendencia de Bancos, se mencionan las más importantes:

- a) “Cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables.
- b) Supervisarlas a fin de que mantengan la liquidez y solvencia adecuadas, que les permita atender oportuna y totalmente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de sus inversiones y operaciones contingentes.
- d) Imponer sanciones que correspondan de conformidad con la ley.
- e) Ejercer vigilancia e inspección con las más amplias facultades de investigación y libre acceso a todas las fuentes y sistemas de información, incluyendo libros, registros, informes, contratos, documentos y cualquier otra información, así como los comprobantes que respaldan las operaciones. Acá se le faculta a la Superintendencia de Bancos a que pueda realizar auditorías, ya sea de gabinete o de campo.
- f) Solicitar directamente a cualquier juez de primera instancia de las ramas civil o penal, las medidas precautorias que considere necesarias para poder cumplir con la función de vigilancia e inspección, en caso de negativa, impedimento o retraso de la entidad supervisada, estas se decretarán sin audiencia previa, o sea, sin oír al demandado.
- h) Realizar su vigilancia e inspección sobre la base de una supervisión consolidada.



- i) Evaluar políticas, procedimientos, normas y sistemas de las entidades, asegurarse que ellas cuentan con procesos integrales de administración de riesgo.
- n) Publicar información suficiente, veraz y oportuna sobre la situación financiera de las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, en forma individual o consolidada”.

La información citada en el inciso anterior, nunca llegó a los cuentahabientes de los bancos de Comercio y del Café, S. A., para que los mismos tomaran las medidas necesarias y no invirtieran sus ahorros en dichos bancos.

Estos incisos son importantes, para determinar la competencia que le ha asignado la ley a la Superintendencia de Bancos, es insólito que ellos se hagan los desentendidos de los problemas ocasionados por las quiebras de los bancos mencionados, nosotros creemos que hay varios funcionarios y empleados de la misma, que son responsables civil y penalmente, por no cumplir con lo ordenado por las leyes que los rige.

Incluso el Artículo 6 del mismo cuerpo legal establece: “Que el Superintendente de Bancos, en todos los casos mencionados para ser electo como tal, deberá acreditar, notoria competencia en técnica bancaria o supervisión financiera”, se considera entonces que el actual Superintendente, Licenciado Ramón Benjamín Tobar, para ocupar el cargo la ha acreditado, siendo idóneo para desempeñarlo, habiendo realizado antes de la toma de posesión, juramento de respetar la Constitución y las leyes, siendo entonces responsable por su conducta oficial y por sus actos dentro de la institución, además, un funcionario de su categoría y con la experiencia que debe poseer no puede alegar ignorancia de la ley.

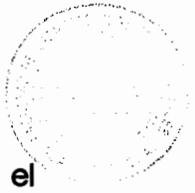


– Supervisión financiera:

A este respecto, citaremos la Ley de Supervisión Financiera, Decreto Número 18-2002 del Congreso de la República, el considerando segundo, de la ley contiene preceptos importantes al tema que se investiga, e indica: “Le corresponde a la Superintendencia de Bancos, entre otras atribuciones, cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables, a fin de que las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, mantengan la liquidez y solvencia adecuadas, que les permita atender oportuna y totalmente sus obligaciones, y evalúen y manejen adecuadamente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de las operaciones que efectúen, en función de la protección de los intereses del público, que confía sus ahorros a dichas entidades.”

El Artículo 2 de la mencionada ley estipula: “Se entiende por supervisión, la vigilancia e inspección 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.”

El segundo párrafo del artículo citado, es contradictorio a lo enumerado en el párrafo primero de la misma ley, al indicar “Que la supervisión que realiza la Superintendencia de Bancos, no implica responsabilidad para sus funcionarios, autoridades y empleados



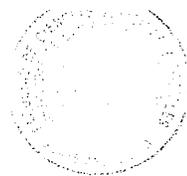
por la gestión que realicen estas entidades sujetas a su fiscalización, ni garantiza el buen funcionamiento de dicha gestión.”

Es contradictorio y sin mucho análisis, puede determinarse que es violatorio del principio de Supremacía Constitucional, la Constitución específicamente en el Artículo 119 inciso d), indica: “Que el Estado debe velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país, procurando el bienestar de la familia”; el inciso k) estatuye: “Proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión.”

También se violenta el Artículo 133 párrafo final de la Constitución que señala: “Que la Superintendencia de Bancos es el órgano encargado de ejercer la vigilancia e inspección de los bancos e instituciones de crédito en general.”

Para ampliar el tema en esta investigación, citaremos lo que para el autor Miguel Acosta Romero significa la supervisión: “Podemos dividir estos procedimientos en dos áreas: a) Inspección y b) vigilancia. El termino inspección deriva del latín inspectio, que significa observación, diligencia y revisión, por lo tanto inspeccionar será la revisión y observación de las actividades, en este caso de las instituciones bancarias y de organizaciones auxiliares, la cual se sujetará al reglamento que para el efecto se expida y se efectuará a través de visitas que tendrán por objeto verificar y comprobar la posición financiera y legal que deba constar en los registros, a fin de que se ajusten al cumplimiento de las disposiciones que le sean aplicables.”²⁸

²⁸ Acosta, Ob. Cit. Pág. 193.

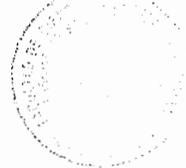


La inspección abarca dos supuestos, la inspección preventiva y la inspección represiva y su objeto fundamental es el controlar y comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, mediante la práctica de visitas, el examen de expedientes y documentos y la vigilancia.

En el fondo, esto es realizar una verdadera auditoría de campo, también podría revisarse información contable, en una auditoría de gabinete, en esta se le requiere a la entidad a fiscalizar, que proporcione cierta información que tiene en sus registros contables, se analiza la misma y se determina, si la misma es correcta o si existe indicios de iliquidez.

La vigilancia consiste, en cuidar que las instituciones bancarias y las organizaciones auxiliares de crédito, cumplan con las disposiciones de la ley de la materia y las que se deriven de la misma, a efecto de que atiendan las observaciones e indicaciones, que emanen de la Superintendencia de Bancos, como resultados de las visitas de inspección practicadas con anterioridad.

En virtud de lo anterior, se puede indicar que el término supervisar, es mantener el control total de una entidad a través de la información proporcionada, determinar si de acuerdo a dicha información, ésta entidad posee un equilibrio financiero eficaz, para demostrar su buen funcionamiento, si efectivamente goza de liquidez y solvencia económica, esta supervisión consiste en verificar que los pasivos no superen los activos, que exista la posibilidad de evitar excesivos riesgos que pongan en peligro a las propias entidades, y que ocasionen detrimento al sistema financiero y, por ende a los



intereses de los usuarios, ésta es la competencia de la Superintendencia de Bancos, creemos que la información contable la analizan profesionales de las Ciencias Económicas mensualmente, y a través de ella, estos empleados y funcionarios determinan, si esas entidades están en condición de seguir en el mercado financiero o no.

Es por ello, que aunque la ley ordinaria que hemos citado, exculpe a los funcionarios y empleados de la Superintendencia de Bancos de responsabilidad, creemos que ellos sí la tienen, ya que ellos son los que deben supervisar a las entidades financieras legalmente establecidas en el país, aclaramos que ésta, no es solo una obligación, sino que es un mandato legal impuesto a la Superintendencia de Bancos, por lo que se opina que nadie es superior a la ley.

El autor Arturo Martínez Gálvez, nos indica: “La supervisión efectiva de las organizaciones bancarias es una condición necesaria para mantener una economía sólida, pues ésta solo es posible si existe una garantía en los medios de pago y en la distribución del ahorro adecuada.”²⁹

Dentro de los aspectos que deben tomarse en cuenta, para poder realizar una supervisión financiera que sea eficaz, indicamos los siguientes puntos:

a) Supervisión de campo y de gabinete.

²⁹ Martínez Gálvez. Ob. Cit. Pág. 102.

- 
- b) Publicidad y divulgación.
 - c) Revisión en segundo grado por la Junta Monetaria.

La Superintendencia de Bancos, debe poner empeño y sumo cuidado, en cumplir con la competencia que le ha otorgado la Constitución y las leyes, sin embargo, el que el segundo párrafo del Artículo 2 de la Ley de Supervisión Financiera, les releve de responsabilidad no quiere decir que no la tengan, ya que como hemos anotado, nadie es superior a la ley.

El párrafo segundo del Artículo 2, de la ley de Bancos y Grupos Financieros, es incongruente, en virtud de que el primer párrafo del mismo artículo, es claro al indicar que el objeto de la ley, el cual es que las entidades sujetas a supervisión, adecuen sus actividades a las normas legales, reglamentarias y a otras disposiciones.

Al igual, el Artículo 1 indica en el párrafo final: "La Superintendencia de Bancos, goza de independencia funcional, para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, cumplan con sus obligaciones legales, en cuanto a la liquidez, solvencia y solidez patrimonial".

Por ello se aclara que al no haber otra entidad con la competencia de la Superintendencia de Bancos, sus funcionarios y empleados, al igual que la misma entidad es responsable del daño que se cause por la falta de supervisión.



Para respaldar el concepto de vigilancia desde el punto de vista académico, citamos al tratadista Cabanellas, para él significa: “cuidado, celo y diligencia que se pone o ha de ponerse en las cosas y asuntos de la propia incumbencia. Servicio público destinado a velar por determinadas instituciones, personas y cosas.”³⁰

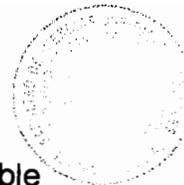
Como podemos observar, vigilar es poner cuidado, es poner la debida diligencia en las cosas y asuntos que le incumben, en este caso, es la competencia derivada de la Superintendencia de Bancos, no tiene otra competencia, sino solamente, la de vigilar y supervisar a las entidades financieras del país.

Sigue manifestando el tratadista, que la inspección ocular, “es el examen o reconocimiento que hace el juez, o también los peritos, del lugar donde se produjo un hecho, o de la cosa litigiosa o controvertida, para enterarse de su estado y juzgar así con más acierto.”³¹

Es cierto, que el tratadista se refiere a la inspección ocular, la que por lógica le corresponde al juez y en un momento dado a las partes, si éstas la proponen, ésta hace prueba en juicio porque el juez la constató, pero tiene cierta connotación cuando se refiere al examen o reconocimiento, significa, que los miembros de la Superintendencia de Bancos, deben examinar o reconocer la información que le presentan los bancos, no es posible que un Contador Público y Auditor, no pueda determinar que la información no es correcta, ellos son técnicos y especialistas en la materia y por fórmulas

³⁰ Cabanellas. Ob. Cit. Pág. 408.

³¹ Ibid. Pág. 409.



matemáticas, puede determinarse la veracidad o falsedad de la información contable presentada, la cual de resultar falsa y comprobarse, debería verificarse en la propia dependencia, ponerla de conocimiento de las autoridades monetarias, para que adopten una decisión.

Reiteramos, ésta es la verdadera competencia de la Superintendencia de Bancos, la cual a nuestro criterio, ha sido ineficiente en brindar seguridad jurídica al usuario del sistema bancario.

El autor Guatemalteco Gilberto Pérez Orozco, sobre la palabra supervisar indica: "Que según la norma número 3 del Instituto Guatemalteco de Contadores Públicos y Auditores, supervisar implica, dirigir el esfuerzo de los ayudantes que participan en lograr los objetivos del examen, y determinar si los objetivos se han logrado.

Manifiesta además, Que dentro de los elementos de la supervisión está el de dar instrucciones, mantenerse informado de los problemas importantes que se encuentren, revisar el trabajo realizado, y manejar las diferencias de opinión entre el personal del equipo de auditoría. El grado de supervisión apropiado en una situación determinada, depende de muchos factores, incluyendo la complejidad del asunto particular y la capacitación de las personas que ejecutan los trabajos." ³²

³² Pérez Orozco, **Ob. Cit.** Pág. 101.



3.4. Autonomía de la Superintendencia de Bancos

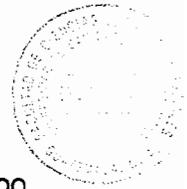
La autonomía es un sistema o técnica de organizar la administración pública, la cual consiste en crear órganos administrativos con personalidad jurídica propia, que posea su propio patrimonio, que sean capaces de elegir a sus propias autoridades, que estén facultados para crear sus propias normas jurídicas internas, que sean capaces de generar sus recursos económicos (auto-financiables), por ende, que posean independencia financiera, técnica y política y que se rijan por su ley orgánica.

Para el caso de la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos, puede opinarse, que constitucionalmente, si tienen autonomía, pero técnicamente, no la poseen, porque los funcionarios de mayor jerarquía, son nombrados o removidos por el Presidente de la República.

El autor Jorge Mario Castillo indica: "La autonomía administrativa existe, no por la simple declaración o reconocimiento de la Constitución y las leyes. Su existencia se basa en tres condiciones políticas: reconocimiento constitucional o legal, decisión política y cultura de autonomía."³³

La Superintendencia de Bancos desde la fecha de su creación ha pasado por diversas etapas que inciden en su estructura y en su forma de accionar. En principio el Superintendente de Bancos era nombrado por el Tribunal y Contraloría de Cuentas de

³³ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco.** pág. 277



una terna propuesta por la Junta Monetaria y su remoción también se llevaba a cabo por el mismo procedimiento, posteriormente se hizo una reforma a la ley que dispuso que dicho titular fuera nombrado por el Presidente de la República, con lo cual la autonomía de la Superintendencia de Bancos se vio debilitada.

“Desde ese entonces se reconocía que la autonomía del Superintendente de Bancos era ya necesaria para el eficaz ejercicio de sus funciones y una forma de garantizarla era que no dependiese de la Junta Monetaria ni del Presidente de la República, de manera que su poder podía anteponerlo frente a las autoridades de todo orden y frente a la entidades sujetas a su control.

Con las últimas reformas a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, el Superintendente de Bancos es nombrado por la Junta Monetaria, debiéndose observar los requisitos de idoneidad que establece dicha ley, y puede ser removido por este órgano colegiado por decisión de por lo menos tres cuartas partes del total de los miembros de la Junta Monetaria.

La autonomía de la Superintendencia de Bancos y por ende del Superintendente de Bancos es indispensable para garantizar la función de supervisión, por lo que debe de idearse una estructura orgánica y administrativa que le conceda su autonomía funcional y técnica, en aras de resguardar la liquidez, solvencia y solidez patrimonial para que se pueda gozar de un sano sistema bancario nacional y financiero, por lo que si la Junta Monetaria nombra al superintendente de bancos, existe sujeción a ésta última.



Es importante y necesario que exista autonomía en la Superintendencia de Bancos, así lo demanda la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 134 segundo párrafo el cual establece: “Descentralización y autonomía: La autonomía, fuera de los casos especiales contemplados en la Constitución Política de la República, se concederá únicamente, cuando se estime indispensable para la mayor eficiencia de la entidad y el mejor cumplimiento de sus fines”.



CAPÍTULO IV

4. Entidades bancarias

“Una entidad bancaria (Bancos y Cajas de Ahorro) es una institución financiera que se encarga de administrar el dinero de unos para prestarlo a otros. La banca, o el sistema bancario, es el conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan el servicio de banco o banca.

Las operaciones típicas de los bancos son las pasivas (para captar dinero de personas e instituciones) y las activas (prestar ese dinero a terceros exigiendo un coste mayor del que pagan por sus operaciones de captación de pasivos).

Operaciones pasivas: Se trata de operaciones por las que el banco capta, recibe o recolecta dinero de las personas.

Las operaciones de captación de recursos, denominadas operaciones de carácter pasivo se materializan a través de los depósitos bancarios, que pueden clasificarse en tres grandes categorías:

- Cuentas corrientes,
- Cuenta de ahorro o libreta de ahorros,
- Depósito a plazo fijo.



Operaciones activas: La colocación es lo contrario a la captación. La colocación permite poner dinero en circulación en la economía; es decir, los bancos generan nuevo dinero del dinero o los recursos que obtienen a través de la captación y, con éstos, otorgan créditos a las personas, empresas u organizaciones que los soliciten.

Por dar estos préstamos el banco cobra, dependiendo del tipo de préstamo, unas cantidades de dinero que se llaman intereses (intereses de colocación) y comisiones.

A diferencia entre lo que los bancos cobran por el dinero que prestan y el que abonan a los que les ceden sus ahorros en depósito, se le llama diferencial de tipos de interés, y junto con los ingresos por comisiones bancarias constituyen el negocio bancario.”³⁴

Un sistema bancario perfectamente desarrollado, que funcione fluidamente, facilita la asignación eficiente del consumo de los hogares a lo largo de toda su vida y la asignación eficiente del capital físico a sus usos más productivos en el sector empresarial. Por su parte, un mal funcionamiento en el sistema bancario tendrá consecuencias multiplicadoras importantes de manera negativa sobre el sistema de pagos, sobre el sector real de la economía y sobre el poder adquisitivo de los depositantes.

“La teoría actual de la banca clasifica las funciones de los bancos en cuatro grandes categorías:

³⁴ <http://www.consumoteca.com/economia-familiar/bancos-y-cajas-de-ahorros/entidad-bancari> (Guatemala, 14 de febrero 2013).



-Facilitar el acceso a un sistema de pagos: Los bancos forman parte de redes interbancarias que facilitan las transferencias de fondos de las cuentas bancarias de unos agentes económicos a otros.

-Transformar activos: Reciben activos de corto plazo como son los depósitos y los transforman en activos de mediano y largo plazo al conceder préstamos.

-Gestionar el riesgo: Esta función está asociado a la de transformación de activos, debido principalmente a que, cuando un banco transforma vencimientos o cuando emite depósitos líquidos garantizados por préstamos no líquidos, corre un riesgo, ya que el coste de los fondos pueden aumentar por encima de la renta procedente de intereses, determinada por los tipos de interés concedidos por el banco.

-Procesar la información y supervisar a los prestatarios, derivado del problema que plantea la información imperfecta sobre los prestatarios, los bancos emplean diferentes técnicas que les permite seleccionar las diferentes demandas de préstamos que reciben y supervisar los proyectos, con el fin de limitar el riesgo de que el prestatario realice un proyecto diferente del que se acordó inicialmente, y con ello tratar de asegurar el reembolso del mismo.

Sin embargo, debido a éstas características intrínsecas, los bancos se encuentran propensos a choques de diferente naturaleza que pueden desembocar en crisis. Una de ellas, es que los pasivos de estas instituciones con respecto a su patrimonio son relativamente más altos que en cualquier otra empresa, es decir, estas instituciones



denotan un fuerte apalancamiento financiero, aspecto que las hace especiales pues trabajan con los ahorros de una gran cantidad de personas físicas y jurídicas, que corren el riesgo de perder sus recursos ante un evento de quiebra de las entidades bancarias.

Si bien, esta situación no es un problema exclusivo de los bancos, sí es un poco más serio para ellos, pues el apalancamiento bancario tiene dos importantes implicaciones:

i) primero, el capital es el principal amortiguador ante los choques adversos y las quiebras, y debido a que este es relativamente reducido para los bancos, determinados choques pequeños pueden generar problemas de insolvencia en una institución, en segundo lugar, ii) el apalancamiento genera incentivos para que los administradores actúen a favor de los accionistas, manteniendo un portafolio excesivamente riesgoso que podría volver frágil la estabilidad de un banco en particular, o eventualmente del sistema bancario en su conjunto.”³⁵

“Por otra parte, la característica principal de una entidad bancaria consiste en transformar los plazos de los pasivos que son de corta duración (depósitos y obligaciones) en activos que son de más largo plazo (inversiones financieras y cartera de créditos), es decir, se caracterizan por captar recursos a corto plazo y prestarlos a mayor plazo, situación que los hace poco líquidos.

³⁵ Duran Viquez, Rodolfo y Mayorga Martínez, Mauricio. **Crisis Bancarias: Factores Causales y Lineamientos para su Adecuada Prevención y Administración.** Pág. 12



De esa cuenta, la mayoría de veces, los problemas de solvencia bancaria se manifiestan primero como problemas de liquidez, aunque no necesariamente todo problema de liquidez se traduce en un problema de solvencia. Cabe indicar que, la solvencia conjunta afecta la liquidez de todo el sistema financiero. Un problema de liquidez ocurre cuando un banco no posee los recursos necesarios para hacerle frente a los pagos exigidos, producto de un mal manejo de sus flujos de caja. A su vez, los problemas de solvencia están asociados con la capacidad de una entidad bancaria de absorber pérdidas no provisionadas sin erosionar significativamente su base patrimonial; es decir, que un banco es solvente si el valor realizable del patrimonio es superior al valor contable del mismo.

La naturaleza y características especiales de los bancos, mencionadas anteriormente, provocan que estas entidades sean frágiles o muy sensibles a cambios en los precios relativos en la economía, así como a los cambios de expectativas de los agentes económicos (pérdida de confianza). Si dichos cambios alteran la relación entre el valor de los activos bancarios y sus pasivos, más allá del nivel de protección que le puede brindar su capital y reservas de liquidez, entonces las entidades bancarias pueden llegar a ser particularmente frágiles y estarán altamente expuestas ante choques o eventos desfavorables.”³⁶

³⁶ Villatoro Calderón, Silvia Eugenia. **Estimación del riesgo de fragilidad bancaria a través de un modelo probit.** Pág. 5



4.1. Bancos

Es de suma importancia indicar que se estará citando específicamente la Ley de Bancos y grupos financieros Decreto 19-2002 del Congreso de la república de Guatemala el cual fue creado en virtud de que el desarrollo económico y social del país requiere de un sistema bancario confiable, solvente, moderno y competitivo, que mediante la canalización del ahorro hacia la inversión contribuya al crecimiento sostenible de la economía nacional además del hecho que el desarrollo económico y social del país requiere de un sistema bancario confiable, solvente, moderno y competitivo, que mediante la canalización del ahorro hacia la inversión contribuya al crecimiento sostenible de la economía nacional.

4.1.1. Definición

“Un banco es una institución cuyas operaciones habituales consisten en conceder préstamos y recibir depósitos del público.

Esta es la definición que emplean los responsables de regular las instituciones financieras cuando tienen que decidir si un intermediario financiero ha de someterse o no a las reglamentaciones cautelares vigentes a las que están sujetas los bancos, asimismo tiene la ventaja de insistir en las actividades fundamentales de los bancos, a saber, los depósitos y los préstamos.



La existencia de los bancos está justificada por el papel que desempeñan en el proceso de asignación de los recursos financieros, por lo tanto, un sistema bancario puede definirse como el conjunto de intermediarios, instituciones, mercados, activos y técnicas a través de las cuales se potencia el ahorro, canalizándolo hacia la inversión y consiguiendo un equilibrio entre ambos”³⁷

4.1.2. Características

Según la Ley de Bancos y grupos Financieros la denominación banco comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el mismo. 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. Las entidades que reciban depósitos o aportaciones de sus asociados y de terceros, tales como las cooperativas, las sociedades mutualistas, las asociaciones comunitarias de desarrollo, empresas comunitarias asociativas, organizaciones no gubernamentales y organizaciones privadas de desarrollo, entre otras, y que sean normadas por una ley especial, quedan exceptuadas de las disposiciones de esta Ley. En todo caso, tales entidades estarán

³⁷ Freixas, Xavier y Rochet, Jean Charles. **Economía Bancaria**. Págs. 2-5.



obligadas a presentar las informaciones periódicas u ocasionales que les requiera la Superintendencia de Bancos.

4.1.3. Requisitos para su autorización

La Junta Monetaria otorgará o denegará la autorización para la constitución de bancos. No podrá autorizarse la constitución de un banco sin dictamen previo de la Superintendencia de Bancos. El testimonio de la escritura constitutiva, junto a la certificación de la resolución de la Junta Monetaria, relativa a dicha autorización, se presentará al Registro Mercantil, quien con base en tales documentos procederá sin más trámite a efectuar su inscripción definitiva.

Asimismo, corresponde a la Junta Monetaria otorgar o denegar la autorización para el establecimiento de sucursales de bancos extranjeros.

No podrá autorizarse el establecimiento de una sucursal de banco extranjero sin dictamen previo de la Superintendencia de Bancos. Para el efecto se deberá considerar, entre otros aspectos, que en el país del banco matriz exista supervisión de acuerdo con estándares internacionales; que el supervisor del banco matriz otorgue su consentimiento para el establecimiento en el país de la sucursal que corresponda, y que pueda efectuarse intercambio de información institucional entre los supervisores de ambos países.



Para efectos del dictamen correspondiente, la Superintendencia de Bancos deberá asegurarse, mediante las investigaciones que estime convenientes, sobre el cumplimiento de los requisitos siguientes:

- 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;

-Que el origen y monto del capital, las bases de financiación, la organización y administración, aseguren razonablemente el ahorro y la inversión;

-Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad y responsabilidad de los socios fundadores aseguren un adecuado respaldo financiero y de prestigio para la entidad;

-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;

-Que las afiliaciones, asociaciones y estructuras corporativas, a su juicio, no expongan a la futura entidad a riesgos significativos u obstaculicen una supervisión efectiva de sus actividades y operaciones por parte de la Superintendencia de Bancos; y,



-Que se ha cumplido con los demás trámites, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa aplicable.

Los requisitos, trámites y procedimientos para la constitución y autorización de bancos, el establecimiento de sucursales de bancos extranjeros y el registro de oficinas de representación de bancos extranjeros serán reglamentados por la Junta Monetaria.

La Junta Monetaria en cualquier caso deberá, sin responsabilidad alguna y previo informe de la Superintendencia de Bancos, y observando el debido proceso, revocar la autorización otorgada cuando se compruebe que él o los solicitantes presentaron información falsa.

Si el banco de que se trate fuere inscrito definitivamente en el Registro Mercantil y se comprobare el extremo a que se refiere el párrafo anterior, la Junta Monetaria deberá, previo informe de la Superintendencia de Bancos, y sin responsabilidad alguna, revocar la autorización otorgada y solicitará a dicho Registro que proceda, sin responsabilidad de su parte, a cancelar la inscripción correspondiente

4.1.4. Legislación aplicable

Los bancos, las sociedades financieras, los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar, los grupos financieros, y las empresas que conforman a estos últimos, y las oficinas de representación de bancos extranjeros se registrarán, en su orden, por sus



leyes específicas, por la presente Ley, por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y, en lo que fuere aplicable, por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria y la Ley de Supervisión Financiera.

En las materias no previstas en estas leyes, se sujetarán a la legislación general de la República en lo que les fuere aplicable.

Los actos administrativos y resoluciones que dicten, tanto la Junta Monetaria como la Superintendencia de Bancos en aplicación de las leyes y reglamentos aquí indicados, observando el debido proceso, serán de acción ejecutiva y aplicación inmediata.

4.2. Empresas financieras

Solamente las instituciones autorizadas conforme 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, según como lo indica el Decreto-Ley Numero 208 Ley De Sociedades Financieras Privadas.

4.2.1. Definición

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.

4.3.2. Características

Las Sociedades Financieras podrán realizar las siguientes operaciones:

-Llevar a cabo la organización, modificación, ampliación, transformación y fusión de empresas;

-Suscribir, adquirir, mantener en cartera y negociar acciones o participaciones en cualquiera de las empresas a que se refiere el inciso anterior, siempre que se trate de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada;

-(Reformado por Artículo 1o. del Decreto 51-72 del Congreso de la República). Emitir por cuenta propia, títulos y valores que tengan por objeto captar recursos del público para financiar las operaciones activas contempladas en la presente ley.



Las características de las emisiones, tales como el plazo, tasa de interés, clase de título o valor u otras, a que se refiere este inciso, serán aprobadas previamente por la Junta Monetaria en cada caso.

-Colocar obligaciones emitidas por terceros y prestar su garantía para el pago de capital e intereses. La Junta Monetaria señalará con carácter general las condiciones en que deben prestarse esta clase de garantías;

-Actuar como Fiduciario;

-Actuar como agente y representante común de obligacionistas;

-Comprar, mantener en cartera, vender y en general operar con valores públicos y privados de la Comunidad Económica Centroamericana;

-Otorgar créditos a mediano y largo plazo;

-Otorgar préstamos con garantía de documentos que provengan de operaciones de venta a plazos de bienes muebles, cuando se refieran a empresas que puedan ser financiadas por estas instituciones;

Otorgar créditos para realizar estudios iniciales y básicos de proyectos cuya inversión de carácter productivo se efectúe en el territorio de Guatemala;

-Otorgar aceptaciones y endosar y avalar títulos de crédito;

-Obtener, previa autorización de la Junta Monetaria, concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales, con el objeto de transferirlas a las empresas



que para el efecto promuevan. La Junta Monetaria fijará el plazo y condiciones en que deberá hacerse la transferencia;

-Financiar investigaciones científicas que contribuyan al desarrollo de nuevas actividades productivas y en su caso obtener las patentes respectivas. La Junta Monetaria fijará los límites máximos de inversión en esta clase de operaciones; y,

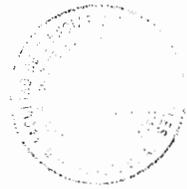
- Realizar las demás operaciones financieras comprendidas dentro de la naturaleza y funciones que se señalan en el artículo primero de la presente ley.

4.2.3. Requisitos para su autorización

Para la constitución de las Sociedades Financieras se llenarán los requisitos prescritos en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, y para su autorización deberán seguirse los procedimientos que dicha ley señala para la creación de nuevos bancos. En caso de duda respecto a la naturaleza de una institución financiera, la Superintendencia de Bancos podrá realizar las inspecciones o investigaciones que considere convenientes y exigir, con tal objeto, la presentación de libros o documentos de la persona o entidad de que se trate

4.2.4. Legislación aplicable

Las Sociedades Financieras estarán sujetas a la jurisdicción de la Junta Monetaria y a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, quedando afectas a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.



4.3. Entidades afianzadoras

Son entidades en la que mediante un contrato de fianza, se comprometen a responder por las obligaciones de otra, quien puede requerir una remuneración por este servicio y pedir del deudor que le garantice las resultados de la fianza.

El objeto de la fianza es resarcir de las pérdidas que puede sufrir el beneficiario, derivado del incumplimiento del afianzado o fiado, la fianza es el contrato por medio del cual una afianzadora, a cambio de una retribución (prima), se compromete con el beneficiario a responder de las obligaciones de otro, llamado fiado, para el caso de incumplimiento de éste último.

El afianzado o fiado, es una persona física o jurídica a nombre de quien se emite la póliza de fianza, es el responsable de cumplir la obligación que se describe en la fianza. El beneficiario es la persona individual o jurídica a cuyo favor se emite la fianza, y a quien se garantiza la actuación del fiado.

El fiador, es la entidad, en nuestro medio la compañía afianzadora, responsable conjuntamente con el fiado para el cumplimiento de la obligación descrita en la póliza de fianza respectiva; y en caso de incumplimiento de fiado, deberá pagar al beneficiario una cantidad de dinero de acuerdo a los términos estipulados en la póliza de fianza.

4.3.6. Empresas de seguro

Son entidades que se obligan a resarcir un daño o pagar una suma de dinero al realizarse la eventualidad prevista en un contrato de seguro. Las compañías aseguradoras es la entidad que asume un riesgo de seguros a cambio de una compensación.

El seguro es la manera más simple, fácil y positiva de cubrir gastos, para hacerle frente a las pérdidas en dinero que provengan de los riesgos y peligros de la vida ordinaria, tales como la muerte, las enfermedades y los accidentes; o a las pérdidas de la propiedad originadas por incendios, terremotos, huracanes, robos, choques y otros.

Una persona individual o jurídica adquiere un seguro para protegerse contra el riesgo de pérdidas que podrían originarle dificultades financieras graves para él o para su familia. A manera de ejemplo, una persona está expuesta a la pérdida de su casa, su automóvil o su vida y no estar preparada financieramente en el momento que esto suceda.

Las aseguradoras se supervisan debido a que captan dinero del público por anticipado a cambio de prestar un servicio a futuro, y el Estado debe garantizar que esos fondos se van administrar adecuadamente y no para fines distintos de aquellos a quienes pertenecen (asegurados)



CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico doctrinario de los requisitos para autorizar entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Bancos

Guatemala tiene un sistema financiero sólido. La mayoría de los recursos financieros son manejados por la banca comercial y una pequeña porción está distribuida en entidades no bancarias.

La expansión del sistema ha derivado en una mayor oferta y demanda de productos y servicios. En la actualidad, Guatemala cuenta con un sistema financiero integrado con 26 bancos, 19 sociedades financieras, 16 compañías almacenadoras, 18 compañías de seguros, 12 compañías de fianzas y 7 casas de cambio. Estas instituciones están en capacidad de brindar al inversionista una gran cantidad de servicios con calidad de estándar mundial.

Tres de los diez bancos más grandes de Centro América se encuentran en Guatemala. De igual forma bancos internacionales de gran prestigio como Citibank, tienen operaciones y oficinas de representación en el país.

Las entidades que conforman el sistema financiero formal del país son fiscalizadas por las siguientes entidades:



Superintendencia de Bancos (SIB): es la máxima entidad fiscalizadora, siendo un ente organizado conforme a la ley orgánica del Banco de Guatemala eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, Bancos, Instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

La Superintendencia de Bancos goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines y para velar porque las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuando a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

Superintendencia de Administración Tributaria: con el surgimiento de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), algunas de las actividades que anteriormente eran realizadas por la Superintendencia de Bancos las realiza ésta, principalmente en el ámbito tributario.

La SAT nace con el propósito principal de modernizar la administración tributaria y dar cumplimiento a los compromisos fiscales contenidos en los Acuerdos de Paz. Fue aprobado por el congreso de la República mediante el Decreto No. 1-98 el cual entró en vigencia a partir del 21 de febrero de 1998.

Es una institución estatal descentralizada, con competencia y jurisdicción en todo el territorio de Guatemala, para ejercer con exclusividad las funciones de administración



tributaria contenidas en la legislación, goza de autonomía funcional, financiera, económica, técnica y administrativamente, cuenta con personalidad jurídica, patrimonio y recursos propios.

5.1. Fiscalización

“El origen de una fiscalización bancaria debe buscarse en la existencia misma de empresas bancarias en un país determinado. Solamente la creación de bancos en los distintos países del mundo ha determinado que las autoridades ejecutivas y legislativas hayan emprendido la tarea de establecer un sistema de control de sus operaciones.

En un principio, la legislación para regular las operaciones de los bancos derivó de la desconfianza existente frente al papel moneda que tendía a reemplazar la moneda metálica con valor intrínseco.

El solo hecho de que los bancos pudieran emitir, por sí mismos y a su solo cargo, moneda fiduciaria, lo que normalmente había sido un atributo del Estado en que funcionaban, era una razón poderosa para su control. A ello se agrega que los documentos que esos bancos emiten comprometen la fe pública y su falsificación debe asimilarse a la de los emitidos por el Estado.



También los bancos en su actividad facilitan el desarrollo de las operaciones financieras y dinerarias. Con ello se produce una aceleración en la circulación del dinero, lo que resulta un factor complementario del multiplicador bancario.

A comienzos del siglo XX, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), los bancos tomaron una actividad adicional en el mundo: fueron los financistas y agentes del comercio exterior entre países. En esa guerra se estrenaron entre los países beligerantes las llamadas listas negras de empresas del enemigo, con quienes no se podía negociar.

Esto afectó a las casas comerciales de los países en guerra (especialmente de Inglaterra, Alemania, Francia, Italia, Rusia y posteriormente de Estados Unidos). La consecuencia fue que, en adelante, el comercio exterior se desarrolló a través de un banco del país importador que se entendió con un banco del país exportador y se puso en práctica el documento llamado carta de crédito de importación o acreditivo. Se agregó entonces una actividad más que obligaba a mantener un sistema bancario confiable en los diversos países.

La doble operación de los bancos, recibir dinero del público y prestarlo, los distingue de un simple prestamista.³⁸

³⁸ http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/DISCURSOS_1732.pdf (Guatemala, 20 de febrero 2013).



En términos económicos, es realizar una revisión de muestras seleccionadas de una información contable o financiera, para determinar si la entidad a la que se fiscaliza, muestra razonablemente su situación financiera, o por el contrario; muestra insolvencia o mala práctica contable dentro de sus estados financieros, y el profesional de la contaduría pública, emite un dictamen, razonable, desfavorable o está tan mala la información, que se abstiene de emitir opinión al respecto, eso es normal en los informes de auditorías, ello, es base suficiente para que las personas expertas que analizan informaciones financieras, tomen decisiones a favor o en contra de las entidades fiscalizadas.

Acá es menester aclarar, que las entidades bancarias dentro de su personal contable, tienen profesionales de las ciencias económicas, con el inconveniente que no son independientes en la forma de emitir su opinión, derivado de la subordinación sometida por el contrato de trabajo, pero ello no significa que no sean responsables de la información que están afirmando ser correcta, ya que estos profesionales, están conscientes de que se comete el delito de estafa mediante información contable u otros que enumeramos más adelante.

5.2. Importancia de fiscalizar

La supervisión que realiza la Superintendencia de Bancos a la información financiera que le presentan los bancos que operan en el sistema, tiene mucha trascendencia y un gran impacto en virtud de que mediante dicha información se establece la liquidez



económica de los bancos, de no ser de esta manera se podría llegar a una crisis financiera que es un fenómeno que a lo largo de la historia se ha dado en muchos países.

Para el autor Arturo Martínez Gálvez, la fiscalización es muy importante, él indica que para evitar una crisis financiera se debe de realizar una supervisión eficaz, por lo que nos expone que:

El problema se presenta no pocas veces cuando el órgano supervisor no tiene los instrumentos normativos suficientes para encausar al banco dentro de la disposiciones legales o cuando en una segunda instancia no tiene el suficiente apoyo para que sus decisiones sean confirmadas o aprobadas, o bien cuando los dispositivos legales no son lo suficientemente disuasivos y consecuentemente, las instrucciones no son cumplidas, volviéndose a reiterar el incumplimiento, pagando una multa por cada infracción cuyo monto resulta irrisorio en relación a los beneficios que produce la trasgresión a la norma jurídica bancaria, o en el peor de los casos los bancos en cada instancia promueven los medios de defensa que tienen a su alcance, lográndose hacer efectiva la sanción, en un período relativamente largo, sin que se haya restaurado el orden legal, pueda el hecho originador de la sanción muchas veces se consuma y ya no es posible volver las cosas a su estado original, en fin todas las circunstancias dificultan una supervisión eficaz.



5.3. Ente fiscalizador autónomo

A efecto de una fiscalización acorde a la equidad y justicia es necesario que el ente fiscalizador en este caso la Superintendencia de Bancos sea autónomo así su función será realizada con más precisión y sin obstáculos.

La autonomía es un sistema o técnica de organizar la administración pública, la cual consiste en crear órganos administrativos con personalidad jurídica propia, que posea su propio patrimonio, que sean capaces de elegir a sus propias autoridades, que estén facultados para crear sus propias normas jurídicas internas, que sean capaces de generar sus recursos económicos (auto-financiables), por ende, que posean independencia financiera, técnica y política y que se rijan por su ley orgánica.

Para el caso de la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos, puede opinarse, que constitucionalmente, si tienen autonomía, pero técnicamente, no la poseen, porque los funcionarios de mayor jerarquía, son nombrados o removidos por el Presidente de la República.

El autor Jorge Mario Castillo indica: "La autonomía administrativa existe, no por la simple declaración o reconocimiento de la Constitución y las leyes. Su existencia se basa en tres condiciones políticas: reconocimiento constitucional o legal, decisión política y cultura de autonomía."³⁹

³⁹ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco.** pág. 277



La Superintendencia de Bancos desde la fecha de su creación ha pasado por diversas etapas que inciden en su estructura y en su forma de accionar. En principio el Superintendente de Bancos era nombrado por el Tribunal y Contraloría de Cuentas de una terna propuesta por la Junta Monetaria y su remoción también se llevaba a cabo por el mismo procedimiento, posteriormente se hizo una reforma a la ley que dispuso que dicho titular fuera nombrado por el Presidente de la República, con lo cual la autonomía de la Superintendencia de Bancos se vio debilitada.

“Desde ese entonces se reconocía que la autonomía del Superintendente de Bancos era ya necesaria para el eficaz ejercicio de sus funciones y una forma de garantizarla era que no dependiese de la Junta Monetaria ni del Presidente de la República, de manera que su poder podía anteponerlo frente a las autoridades de todo orden y frente a la entidades sujetas a su control”.⁴⁰

Con las últimas reformas a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, el Superintendente de Bancos es nombrado por la Junta Monetaria, debiéndose observar los requisitos de idoneidad que establece dicha ley, y puede ser removido por este órgano colegiado por decisión de por lo menos tres cuartas partes del total de los miembros de la Junta Monetaria.

La autonomía de la Superintendencia de Bancos y por ende del Superintendente de Bancos es indispensable para garantizar la función de supervisión, por lo que debe de

⁴⁰ Martínez, Gálvez Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. Pág. 291.

idearse una estructura orgánica y administrativa que le conceda su autonomía funcional y técnica, en aras de resguardar la liquidez, solvencia y solidez patrimonial para que se pueda gozar de un sano sistema bancario nacional y financiero, por lo que si la Junta Monetaria nombra al superintendente de bancos, existe sujeción a ésta última.

Es importante y necesario que exista autonomía en la Superintendencia de Bancos, así lo demanda la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 134 segundo párrafo el cual establece: “Descentralización y autonomía: La autonomía, fuera de los casos especiales contemplados en la Constitución Política de la República, se concederá únicamente, cuando se estime indispensable para la mayor eficiencia de la entidad y el mejor cumplimiento de sus fines”.

Es de suma importancia indicar que el hecho de que el máximo ente fiscalizador se la Superintendencia de bancos lo hace responsable de lo bien o mal que haga u gestión teniendo responsabilidad directa en el asunto por lo que se menciona los diferentes tipos de responsabilidad que existen de una forma escueta.

- La responsabilidad jurídica tiene connotaciones en el mundo de lo jurídico, el tratadista Guillermo Cabanellas indica: “Es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. También es el deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas

cometidas por dolo o culpa, o la capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.”⁴¹

-Responsabilidad administrativa: La actividad administrativa, según la autora De Vicente Martínez, María: “Es un acto dictado a través del procedimiento correspondiente, que impone un mal jurídico al administrado, privando, limitando o restringiendo parte de sus derechos o imponiendo obligaciones de hacer o no hacer, como consecuencia del cumplimiento de una obligación legalmente determinada, en todos los casos el funcionario público debe de ejercer adecuadamente sus funciones inspectoras ante todo tipo de actividades clandestinas.”⁴²

- Responsabilidad civil: La responsabilidad civil en la mayoría de los casos es contractual, ya que se ven afectados los intereses de una persona sin existir vínculos anteriores con el sujeto causante del daño.

- La responsabilidad penal: es el último recurso del que se vale el legislador para reprimir las acciones ilícitas cometidas por los sujetos en una sociedad, con el fin de mantener un equilibrio entre las conductas prohibidas y no prohibidas, el derecho penal moderno no se preocupa por hechos de menor importancia y, aún menos por condenar ideologías, esta esfera está reservada únicamente para sancionar los actos u omisiones que exigen del Estado una mayor represión, y que no pueden ser protegidos de modo eficiente de otras formas.

⁴¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 299.

⁴² De Vicente Martínez, María. **Responsabilidad penal del funcionario público**. Pág. 10.

CONCLUSIONES

- La Superintendencia de Bancos goza de autonomía para hacer efectivo el cumplimiento de sus fines y para velar porque las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuando a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.
- El Estado tiene la obligación específica de velar por los derechos de pequeños, medianos y grandes inversionistas, por lo que los entes encargados y en los que recae la responsabilidad son la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos.
- Los funcionarios y empleados públicos de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Monetaria, tienen responsabilidad jurídica, cuando no efectúan su trabajo fiscalizador adecuadamente, ya que a ellos les corresponde vigilar, supervisar, controlar las operaciones financieras.
- La banca, o el sistema bancario, es el conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan el servicio de banco o banca, la cual debe estar regida de acuerdo a la normativa específica en lo referente a su autorización.





RECOMENDACIONES

- La responsabilidad jurídica recae en los altos funcionarios de la Superintendencia de Bancos, ya que su función es fiscalizar y vigilar correctamente a los Bancos y entidades financieras del país, por lo que tienen que tener la capacidad de verificar si la información que los órganos fiscalizados les proporcionaban es cierta, y ya estando completamente seguros de su gestión autorizarlas.
- Superintendencia de Bancos, no puede alegar desconocimiento de lo que realmente sucede en el sistema financiero ya que las funciones que debe cumplir a cabalidad son las de fiscalizar, controlar y vigilar las operaciones de los bancos y entidades financieras.
- El Estado tiene la obligación de tutelar los derechos de los pequeños, medianos y grandes inversionistas, en este sentido la responsabilidad que comparte la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos, juntamente con el Estado, es solidaria.
- Los mecanismos de control y vigilancia a los bancos del sistema financiero guatemalteco debieran de estar lo suficientemente actualizados para percatarse de transacciones anómalas.





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, **Derecho bancario**, 3ª.edición, México: Editorial Porrúa, 1986.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, Ed. Teconos 1971.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. tomo II y VII, 27ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Madrid, España: Ed. Heliasta, 2001.
- CASTILLO GONZALEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**. 15ª. ed.; actualizada, Guatemala, Guatemala: Ed. Impresiones gráficas, 2004.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, María. **Responsabilidad penal del funcionario público por delitos cometidos**. Madrid, España: (s.e.), 1993.
- DURÁN VIQUEZ, Rodolfo; Mauricio, Mayorga Martínez. **Crisis Bancarias: Factores Causales y Lineamientos para su Adecuada Prevención y Estimación del Riesgo de Fragilidad Bancaria a través de un Modelo PROBIT**. Costa Rica, 1998.
- MARTÍNEZ GALVEZ, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. 1ª, ed.; Guatemala, Guatemala: Centro Ed. Vile, 2000.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 2004.
- PEREIRA OROZCO, Alberto. **Introducción al estudio de derecho I y II**. 1ª, edición, Guatemala, Guatemala: Ed. Ayán. 2001.



PÉREZ OROZCO, Gilberto Rolando. **Normas y procedimientos de auditoría I y II.**

Guatemala, (s.e.), 2000.

PERROT, Abeledo, **Diccionario jurídico**, 2ª Edición ampliada, Editorial Abeledo-Perrot,

Buenos Aires, 1993.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, **Derecho bancario**. 4ª. Edic., México: Editorial

Porrúa, 1976.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique. **Derecho bancario**. 1ª, edición, México: Ed.

Reproflo S.A., de C.V. (s.f).

SÁNCHEZ MELÉAN, Jorge. **Competencias constitucionales, legales y transferidas.**

<http://www.saber.ula.ve/cieprol/provincia>, (Guatemala, 01 de marzo de 2013).

VILLATORO CALDERÓN, Silvia Eugenia. **Estimación del riesgo de fragilidad**

bancaria a través de un modelo probit. Guatemala, 2007.

VILLEGAS, Carlos Gilberto, **Compendio jurídico técnico y práctico de la actividad**

bancaria, 2ª. Reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 5ª. ed., Guatemala,

Guatemala: Ed. Universitaria, 2001.

[http://www.consumoteca.com/economia-familiar/bancos-y-cajas-de-ahorros/entidad-](http://www.consumoteca.com/economia-familiar/bancos-y-cajas-de-ahorros/entidad-bancari)

[bancari](http://www.consumoteca.com/economia-familiar/bancos-y-cajas-de-ahorros/entidad-bancari) (Guatemala, 14 de febrero 2013).

http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/DISCURSOS_1732.pdf (Guatemala, 20 de

febrero 2013).



Legislación:

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto Número 19-2002 Congreso de la República, 2002.

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

Ley de Supervisión Financiera. Decreto Número 18-2002, Congreso de la República, 2002.

Ley de Libre Negociación de Divisas. Decreto Número 94-2000, Congreso de la República, 2000.

Ley Monetaria. Decreto Número 17-2002, Congreso de la República, 2002.

Ley de Sociedades Financieras. Decreto Ley 208, Enrique Peralta Azurdia, Jefe De Gobierno de la República de Guatemala, 1964.