

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

**INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PRESCRIPCIÓN DE CUENTAS BANCARIAS
INACTIVAS A FAVOR DEL FONDO DE PROTECCION PARA EL AHORRO
ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 41 TER DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS
FINANCIEROS DECRETO 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**

EMILY CARINA TUNCHEZ SÁNCHEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2014

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

**INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PRESCRIPCIÓN DE CUENTAS BANCARIAS
INACTIVAS A FAVOR DEL FONDO DE PROTECCIÓN PARA EL AHORRO
ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 41 TER DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS
FINANCIEROS DECRETO 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EMILY CARINA TUNCHEZ SÁNCHEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2014

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Secretario: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ana María Ramírez Mejía
Vocal: Lic. Dora Renée Cruz Navas
Secretario: Lic. Roxana Elizabeth Alarcón Monzon

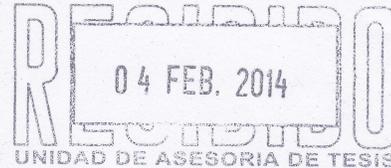
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)".

BUFETE
ROJAS Y ASOCIADOS
ABOGADOS Y NOTARIOS



Guatemala, 24 de enero de 2014.

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**



Hora: _____
Firma: _____

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Doctor Mejía Orellana:

Agradezco el permitirme colaborar con mi casa de estudios y por ello, en cumplimiento emanado por la jefatura procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante *EMILY CARINA TUNCHEZ SÁNCHEZ*, de quien declaro no ser pariente dentro de los grados de ley; del trabajo intitulado "INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PRESCRIPCIÓN DE CUENTAS BANCARIAS INACTIVAS A FAVOR DEL FONDO DE PROTECCIÓN PARA EL AHORRO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 41 Ter. DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS DECRETO 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA". Respetuosamente me permito informarle a usted lo siguiente:

1. A la estudiante, se le brindó la asesoría que se requiere para realizar este tipo de investigación y luego de varias sesiones de trabajo se obtuvo la versión final que presenta, siendo un tema de actualidad y de suma importancia, con un contenido de carácter científico y técnico.
2. En el desarrollo de la tesis, los métodos y técnicas utilizadas son adecuadas y se hicieron en base a los lineamientos de la investigación científica a través de la cual se logró comprobar la hipótesis planteada, asimismo se desarrolló técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente, obteniendo información doctrinaria y legal actualizada.
3. La sustentante presenta criterios congruentes, acertados y muy enriquecedores, mismos que plasmó en todo el contenido de la tesis, así como en la conclusión discursiva, por ello, considero que el trabajo elaborado es meritorio y demuestra interés en resolver el problema planteado.
4. En cuanto a la redacción del trabajo, la misma fue realizada en una forma cronológica adecuada, clara y concisa, que conlleva al lector poco a poco al desarrollo del tema central, cumpliendo así con el procedimiento del método científico en la investigación.

BUFETE
ROJAS Y ASOCIADOS
ABOGADOS Y NOTARIOS

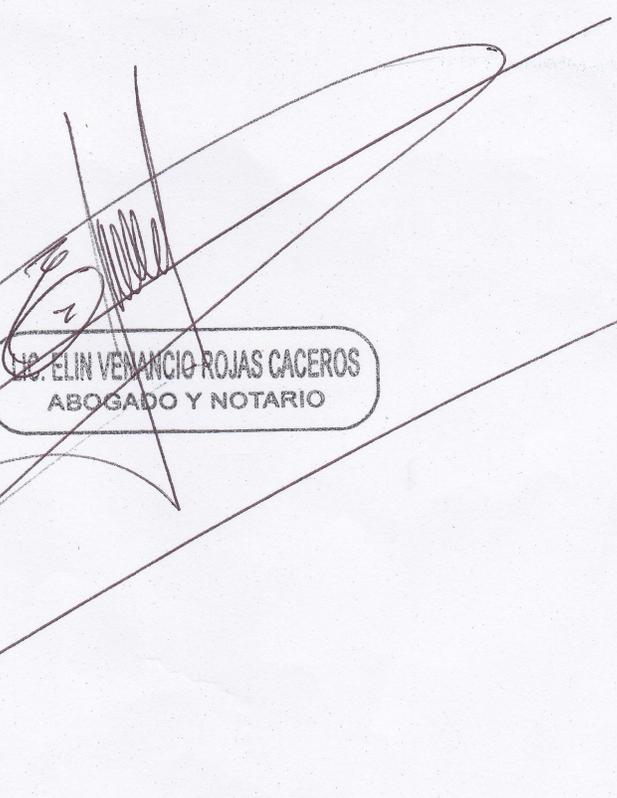


5. En lo concerniente a la contribución científica en materia mercantilista la misma es fundamental para la sociedad guatemalteca; debido a que determina el correcto procedimiento de las normas mercantiles y constitucionales, considero que el trabajo se enfoca en contenidos jurídicos y doctrinarios aplicable el caso.

Por todo lo anterior en calidad de asesor emito DICTAMEN FAVORABLE a efecto de que el mismo continúe con el trámite correspondiente para su evaluación en virtud que la tesis cumple con los requisitos establecidos en las normas contenidas en el Artículo treinta y uno (31) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Con muestras de mi más alta consideración y estima aprovecho para suscribirme como su atento y seguro servidor.

Col. 9782


LIC. ELIN VENANCIO ROJAS CACEROS
ABOGADO Y NOTARIO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 23 de septiembre de 2013.

Atentamente pase al (a) Profesional, ELIN VENANCIO ROJAS CACEROS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
EMILY CARINA TUNCHEZ SÁNCHEZ, con carné 200412135
 intitulado INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PRESCRIPCIÓN DE CUENTAS BANCARIAS INACTIVAS A FAVOR
DEL FONDO DE PROTECCIÓN PARA EL AHORRO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 41 TER DE LA LEY DE
BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS DECRETO 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto

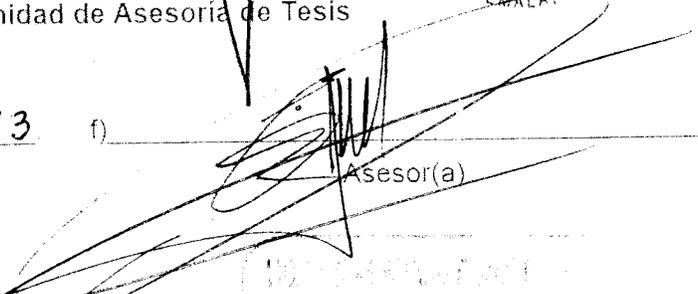
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 24 / 09 / 2013 f)


 Asesor(a)





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante EMILY CARINA TUNCHEZ SÁNCHEZ, titulado INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PRESCRIPCIÓN DE CUENTAS BANCARIAS INACTIVAS A FAVOR DEL FONDO DE PROTECCIÓN PARA EL AHORRO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 41 TER DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS DECRETO 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. 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/srrs





DEDICATORIA

A DIOS PADRE: Dador de vida y fuente de sabiduría inagotable. Por permitirme en su inmenso amor cumplir una meta tan anhelada.

A MIS PADRES: Anival Tunchez y Norma Sánchez, quienes con su confianza y amor trazaron un camino lleno de sacrificios que hoy se ven recompensados. Gracias por su apoyo incondicional y por creer en mí durante esta etapa de mi vida.

A MIS AMIGOS: Mónica Fuentes (Q.E.P.D.) Marxi, Eduardo, Cony, Carol, Aura, Ingrid, Brenda, Yoly, Lilian, Clarita, Elizabeth, Johana, Stephany, Evelyn, Carmencita, Sony, por su apoyo.

A MI ASESOR: Lic. Elin Venancio Rojas Caceros, por sus consejos y apoyo en el desarrollo de la tesis.

A MI CONSEJERA: Licda. Erika Aquino López, por su valioso apoyo.

A: La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, casa de estudios que al abrirme sus puertas también sembró en mi corazón una semilla de respeto, agradecimiento eterno hacia ella.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que me brindó la oportunidad de adquirir los conocimientos que me formaron como profesional del derecho.



PRESENTACIÓN

El Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, regula que los bancos del sistema tienen la facultad de absorber todos los depósitos monetarios y de ahorro, en moneda nacional y en moneda extranjera, con saldos menores a un mil quetzales (Q.1,000.00) y ciento veinticinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$125.00) respectivamente, que durante un periodo de diez años hayan permanecido inactivas, prescribiendo, de pleno derecho, junto con los intereses que hubieren devengado, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro (FOPA).

Por lo anterior, se hace necesario investigar si dicha atribución cumple con la normativa legal guatemalteca con respecto al derecho de propiedad y la obligación por parte del Estado de proteger los capitales y la inversión; derechos fundamentales regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala.



HIPÓTESIS

La prescripción de cuentas inactivas con fondos específicos a favor del Fondo para la Protección del Ahorro (FOPA), crea incertidumbre en el derecho de propiedad de los cuentahabientes de los bancos del sistema; en virtud que los depósitos bancarios constituyen un contrato mercantil, por el cual se deben respetar la buena fe, la verdad sabida y la verdad guardada; pero al no cumplirse dichos términos se convierte en un contrato de depósito irregular al no existir la devolución de los capitales.

Asimismo, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la obligación del Estado de fomentar el ahorro y protegerlo; sin embargo, el despojo de los saldos inactivos en las cuentas bancarias de los particulares a favor de una institución administrada por el mismo Estado; vulnera el derecho de los depositantes a la protección de sus capitales y a la protección de la propiedad privada.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego del análisis investigativo, se logró establecer que el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros es inconstitucional; pues contradice lo regulado por la Constitución Política de la República de Guatemala; que garantiza entre otros derechos, la propiedad privada, el estado de derecho, la protección del ahorro y la formación del capital.

En todo caso lo que los bancos del sistema y el Estado de Guatemala tienen que hacer es fomentar el hábito del ahorro y la formación de capital para la inversión; además de proteger los ahorros e inversiones de los cuentahabientes, mediante constantes supervisiones financieras por parte de la Superintendencia de Bancos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Sistema bancario.....	1
1.1. Junta Monetaria	3
1.2. Banco de Guatemala	8
1.3. Superintendencia de Bancos	10
1.4. Bancos	12
1.4.1. Requisitos.....	14
1.4.2. Constitución.....	15
1.4.3. Actividades.....	16
1.5. Fondo para la Protección del Ahorro.....	18
1.5.1. Administración del Fondo para la Protección del Ahorro.....	18
1.5.2. Cobertura del Fondo para la Protección del Ahorro	19
1.5.3. Fuentes de financiamiento del Fondo para la Protección del Ahorro..	20

CAPÍTULO II

2. Contrato de depósito bancario.....	23
2.1. Naturaleza jurídica	26
2.2. Definición de depósito bancario	30
2.3. Su importancia como fuente del financiamiento.....	31
2.4. Clasificación.....	33
2.4.1. Depósito a la vista	33
2.4.2. Depósitos de ahorro	33



Pág.

2.4.3. Depósito a plazos	34
2.4.4. Otros depósitos	34
2.5. Características del contrato de depósito bancario	35

CAPÍTULO III

3. Prescripción de los contratos de depósito bancario.....	39
3.1. Definición	41
3.2. Derecho comparado que regula la prescripción de cuentas inactivas	42
3.2.1. México	42
3.2.2. Panamá	44
3.2.3. Colombia	46
3.3. Requisitos.....	48
3.3.1. Existencia de una obligación.....	49
3.3.2. Cumplimiento del plazo	49
3.4. Efectos de la prescripción en los contratos de depósito bancario.....	51

CAPÍTULO IV

4. Control Constitucional de Leyes.....	53
4.1. Supremacía constitucional.....	55
4.2. Inconstitucionalidad de leyes.....	55
4.2.1. Inconstitucionalidad en casos concretos	58
4.2.2. Inconstitucionalidad de carácter general	60



	Pág.
4.2.3. La legitimación activa	61
4.2.4. Momento	62
4.2.5. Procedimiento	63
4.2.6. Efectos	64
4.2.7. Inconstitucionalidad por omisión y cosa juzgada.....	65

CAPÍTULO V

5. Inconstitucionalidad en la prescripción de cuentas bancarias inactivas a favor del Fondo de Protección para el Ahorro, establecido en el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	67
5.1. Vicios de inconstitucionalidad	69
5.1.1. Igualdad	70
5.1.2. Propiedad privada	72
5.1.3. Irretroactividad de la ley.....	74
5.1.4. Protección del ahorro.....	76
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83



INTRODUCCIÓN

La prescripción de las cuentas bancarias inactivas a favor del Fondo para la Protección del Ahorro, constituye una clara violación al derecho de propiedad privada, pues se vulnera el derecho de los cuentahabientes a conservar sus ahorros por tiempo indefinido en los bancos del sistema; esta problemática es la que motivó la presente investigación; no sólo por la inconstitucionalidad de la prescripción regulada sino también porque es deber del Estado fomentar la formación del capital, el ahorro y la inversión para beneficio de los particulares y del país mismo.

La hipótesis se comprobó, ya que el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros es inconstitucional; al no respetarse la propiedad privada de los cuentahabientes que con grandes esfuerzos ahorran su dinero para contingencias futuras; además la formación de capital, el ahorro y la inversión son derechos que están protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala en beneficio de la población y el desarrollo económico y social del país.

Se lograron los objetivos siguientes: Analizar el funcionamiento del sistema bancario guatemalteco, así como el contrato de depósito bancario y su prescripción; además, se realizó un análisis de la prescripción regulada en el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros y su contradicción con la Constitución Política de la República de Guatemala; con lo cual se determinó la inconstitucionalidad del citado artículo.

La tesis quedó contenida en cinco capítulos de la siguiente forma: El capítulo uno contiene un análisis del sistema bancario guatemalteco, su función y atribuciones; en el capítulo dos se aborda el tema del contrato de depósito bancario con el objetivo de establecer sus elementos y características; en el capítulo tres se analiza todo lo



referente a la prescripción; en el capítulo cuatro se analizan las garantías constitucionales, haciendo mayor énfasis en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes; y el capítulo cinco trata sobre la inconstitucionalidad de la prescripción de cuentas bancarias inactivas a favor del Fondo para la Protección del Ahorro, establecida en el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Se utilizaron los siguientes métodos, el analítico para estudiar toda la doctrina y la legislación referente al sistema bancario y los contratos de depósitos monetarios y de ahorro; el deductivo para analizar la inconstitucionalidad del Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros; y los métodos inductivo y la síntesis para elaborar el informe final de tesis. La técnica bibliográfica fue de gran ayuda para recolectar y analizar el material de estudio.

Este informe constituye un humilde aporte académico para la resolución de los conflictos en la jerarquía de las leyes en Guatemala; esperando sea de utilidad para los estudiosos del derecho en la rama financiera, así como para las personas que todavía conservan el hábito del ahorro.



CAPÍTULO I

1. Sistema bancario

“El sistema bancario es el conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan el servicio de banco.”¹ Es decir, que un sistema bancario es la organización de todas las entidades bancarias con una misma política y control, dirigidas por un banco central.

“El sistema bancario administra el sistema de pagos de las economías canalizando una parte significativa del ahorro hacia la inversión, principalmente en países cuyos mercados de capitales no están desarrollados y sirve como mecanismo de transmisión de la política monetaria que ejecuta el banco central. Por lo tanto, el sistema bancario es vulnerable a sufrir crisis financiera debido a que solamente una fracción de los depósitos está respaldada por activos líquidos. Por estas razones, en la mayoría de países el Estado se interesa por proteger la estabilidad del sistema bancario mediante instituciones tales como la banca central, la regulación prudencial, la supervisión financiera entre otros.”² Dentro del sistema bancario se puede distinguir entre banca privada y banca pública: La primera es aquella que facilita créditos a particulares y en la segunda destaca el banco emisor de dinero el cual suele pertenecer al Estado.

¹ <https://es.wikipedia.org/wiki/Banco>, (Guatemala, 18 de julio de 2013).

² <http://www.banguat.gob.gt/publica/banca/051200611/004.pdf>, (Guatemala, 15 de abril de 2014).



Tal es el caso de Guatemala, que en el Artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula: "... Las actividades monetarias, bancarias y financieras estarán organizadas bajo el sistema de banca central, el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la deuda pública. Dirigirá este sistema, la Junta Monetaria de la que depende el Banco de Guatemala, entidad autónoma con patrimonio propio, que se regirá por su Ley Orgánica y la Ley Monetaria." A nivel constitucional el sistema bancario guatemalteco, se organiza a través de la banca central.

"El sistema bancario central guatemalteco tiene sus orígenes en el periodo de la reforma monetaria y financiera en los años de 1924 a 1926. Periodo en que se crea el Banco Central de Guatemala, mediante el Acuerdo Gubernativo del 30 de junio de 1926, funcionando como un entidad de emisión, giro y descuento, de carácter privado y de participación del Estado como accionista.

En el año de 1924 se promulga la Ley Monetaria de la República de Guatemala, que daba vida a la unidad monetaria vigente hasta nuestros tiempos el quetzal, bajo el régimen del patrón de oro clásico. Patrón que declinó durante la gran depresión mundial de 1929 a 1933, afectando de tal forma la economía guatemalteca que se reforma el Banco Central de Guatemala, creándose el Banco de Guatemala, con la calidad de banco estatal y la facultad de realizar una política monetaria y crediticia encaminada a darle a la economía nacional un impulso ordenado y controlado.



Como consecuencia de la Revolución de 1944 se promulgan leyes financieras encaminadas a fortalecer y modernizar la banca central, como lo son: La Ley Monetaria, Decreto 203, la Ley de Bancos, Decreto 315, Ley Orgánica del Banco de Guatemala, del Congreso de la República de Guatemala, legislación que tuvo vigencia por 50 años.

A partir de la década de los 80 Guatemala experimentó una crisis económica regional, como consecuencia de los mercados financieros internacionales, los avances en materia electrónica, telecomunicaciones y los mercados de valores, rebasando el límite de la legislación financiera de los años cuarenta. En el año de 1993 la Junta Monetaria aprobó el programa de modernización del sistema financiero nacional, impulsado por las modificaciones reglamentarias y legales vigentes en busca de su adecuación a los nuevos desafíos mundiales. En el año 2000 se inicia un nuevo proceso de reforma integral de las leyes financieras centralizadas con la elaboración de cuatro leyes fundamentales: Ley Monetaria, Ley de Bancos y Grupos Financieros, Ley de Supervisión Financiera y La Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Cobrando vigencia en el año 2002 en conjunción con la Ley de Libre Negociación de Divisas. Leyes vigentes hasta nuestros tiempos".³

1.1. Junta Monetaria

La Junta Monetaria es la autoridad máxima del Banco de Guatemala. Sus funciones son determinadas por la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto 16-2002 del Congreso de la República de

³ <http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica&e=93208>, (Guatemala, 10 de mayo de 2014).



Guatemala, tiene a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y vela por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional.

Es una entidad autónoma, con patrimonio propio, que se rige por su propia ley. Este grupo de personas está integrado de conformidad con el Artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala en igual forma establecido en el Artículo 13 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala. La Junta Monetaria se integra de la siguiente manera:

- "a) El Presidente, quien también lo será del Banco de Guatemala;

- b) Los Ministros de Finanzas Públicas, de Economía y de Agricultura, Ganadería y Alimentación;

- c) Un miembro electo por el Congreso de la República;

- d) Un miembro electo por las asociaciones empresariales de comercio, industria y agricultura;

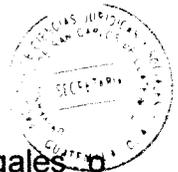


- e) Un miembro electo por los presidentes de los consejos de administración o juntas directivas de los Bancos privados nacionales; y,

 - f) Un miembro electo por el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos de Guatemala.”
- Los miembros de la Junta Monetaria deberán ser guatemaltecos de origen, personas de reconocida honorabilidad y de notoria preparación y competencia en materia económica y financiera en el caso de los miembros designados por el Congreso de la República de Guatemala y el Consejo Superior Universitario. El presidente y el vicepresidente de la Junta Monetaria son nombrados por el Presidente de la República de Guatemala, así como los Ministros de Estado que son miembros ex officio. Los miembros restantes son nombrados por los órganos postulantes.

El proceso de remoción de los miembros de la Junta Monetaria está estipulado en la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, en el Artículo 20, que establece que únicamente podrán ser removidos por acuerdo del Presidente de la República de Guatemala, cuando incurran en las causales siguientes:

- “a) Cuando se evidencie alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 18 de esta Ley, y la Junta Monetaria no hubiere hecho la declaratoria de la pérdida de la calidad respectiva;



- b) Cuando fueren responsables de actos u operaciones fraudulentos, ilegales o evidentemente opuestos al objetivo fundamental y atribuciones del Banco Central;
- c) Por sentencia condenatoria ejecutoriada dictada en proceso penal.

Las causales de remoción deberán ser denunciadas por el Superintendente de Bancos ante el Congreso de la República, cuando se trate de los miembros electos por dicho Organismo, o ante la Presidencia de la República cuando se trate de alguno de los otros miembros, para que, previa sustentación del caso conforme a las reglas del debido proceso, resuelvan sobre su remoción...”

Adicionalmente, el presidente o vicepresidente de la Junta Monetaria que lo son también del Banco de Guatemala, podrán ser removidos, si derivado de la presentación del informe durante los meses de enero y julio de cada año ante el Congreso de la República de Guatemala éste fuere insatisfactorio con el voto calificado de las dos terceras partes de los diputados que solicitaren su remoción; en cuyo caso deberá el funcionario renunciar de forma inmediata.

Independientemente de las causales de remoción establecidas en el Artículo 20 de la ley en referencia, el Congreso de la República podrá remover a sus representantes titular y suplente en cualquier momento, por decisión del Pleno adoptada por mayoría; situación que deberá comunicarse inmediatamente a la Junta Monetaria.



Son atribuciones de la Junta Monetaria, las establecidas en el Artículo 26 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala; a continuación se transcriben las más destacadas de acuerdo al tema que aborda esta investigación:

- a) Determinar y evaluar la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, incluyendo las metas programadas, tomando en cuenta el entorno económico nacional e internacional;
- b) Velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional...
- l) Emitir los reglamentos que de conformidad con ésta y otras leyes le corresponde;
- m) Aprobar las disposiciones, normas o instrumentos legales que someta a su consideración la Superintendencia de Bancos o, en su caso, el Banco de Guatemala; y,
- n) Ejercer las demás atribuciones y facultades que le corresponda, de acuerdo con esta Ley, la Ley Monetaria y otras disposiciones legales aplicables."

La Junta Monetaria ejercerá sus funciones con absoluta independencia y bajo su responsabilidad; sesionando como mínimo dos veces al mes de manera ordinaria y de



forma extraordinaria cuando sea necesario. Es de tal importancia la Junta Monetaria y aún más el cargo de presidente y vicepresidente, que dentro de sus atribuciones más importantes está la de ejercer la representación legal principal del Banco de Guatemala, judicial y extrajudicialmente.

1.2. Banco de Guatemala

El Banco de Guatemala, conocido por sus siglas como BANGUAT, inició sus operaciones el 1 de julio de 1946. De conformidad con el Artículo 2 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala: “El Banco de Guatemala, como Banco Central de la República quien en el texto de esta Ley podrá denominarse, indistintamente, el Banco o Banco Central, es una entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, de duración indefinida y con domicilio en el Departamento de Guatemala.”

“Inicialmente, el objetivo del Banco Central fue la acuñación de monedas, impresión de billetes y suministro de un adecuado volumen de dinero para el normal desarrollo de las transacciones económicas del país. Actualmente, el BANGUAT también tiene a su cargo importantes funciones que atañen a toda la economía del país, entre los cuales están: Banco de reserva, banco de bancos, banco del Estado, asesor económico del Gobierno para la formulación de objetivos, metas y estrategias de la política económica, asesor nacional en materia de crédito público, promotor de la coordinación entre las



políticas monetaria, cambiaria y fiscal, agente recopilador y difusor de información estadística sobre el desempeño económico del país”.⁴

“Aparte de su responsabilidad para adecuar los medios de pago y la política de crédito a las necesidades de la economía nacional, le corresponde al Banco promover la liquidez, solvencia y buen funcionamiento de las instituciones bancarias y financieras, así como la adecuada distribución de los créditos; mantener la coordinación de las actividades económicas y financieras del Estado con la política monetaria y crediticia, especialmente en su función de banquero, agente fiscal y consejero del Estado.”⁵

Específicamente, las funciones del Banco de Guatemala están establecidas en el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

- “a) Ser el único emisor de la moneda nacional;

- b) Procurar que se mantenga un nivel adecuado de liquidez del sistema bancario, mediante la utilización de los instrumentos previstos en la presente Ley;

- c) Procurar el buen funcionamiento del sistema de pagos;

⁴ <http://www.banguat.gob.gt/pública/prensa/verdiap.asp?id=/pública/libritos/banguatypolmone/&max=31>. (Guatemala, 18 de julio de 2013).

⁵ *Ibid.*



- d) Recibir en depósito los encajes bancarios y los depósitos legales a que se refiere esta Ley;

- e) Administrar las reservas monetarias internacionales, de acuerdo con los lineamientos que dicte la Junta Monetaria; y,

- f) Las demás funciones compatibles con su naturaleza de Banco Central que le sean asignadas por mandato legal...”

Al ser el único emisor de la moneda nacional, la Ley Monetaria, Decreto 17-2002 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 2 establece que únicamente el Banco de Guatemala puede emitir billetes y monedas dentro del territorio nacional. El Banco de Guatemala, es pilar del sistema bancario central de Guatemala, al dirigir la política monetaria y crediticia, bajo la coordinación de la Junta Monetaria.

1.3. Superintendencia de Bancos

La Superintendencia de Bancos creada al tenor del Artículo 133 de la Carta Magna guatemalteca constituye un órgano dependiente de la Banca Central; es un órgano técnico, que actúa bajo la dirección de la Junta Monetaria, ejerciendo vigilancia e inspección al Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de



crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y las demás entidades que las leyes dispongan.

El Artículo 2 de la Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala, estipula: "... se entiende por supervisión la vigilancia e inspección de las entidades a que se refiere el artículo anterior, realizada por la Superintendencia de Bancos, con el objeto de que las mismas adecuen sus actividades y funcionamiento a las normas legales, reglamentarias y a otras disposiciones que les sean aplicables, así como la evaluación del riesgo que asuman las entidades supervisadas ..."

La atribución de supervisión es otorgada con el objetivo de hacer cumplir las leyes en beneficio de los intereses del público; para la protección de sus ahorros. Dentro de las funciones más destacadas de la Superintendencia de Bancos están las siguientes:

- a) Supervisar a las entidades a fin de que mantengan la liquidez y solvencia adecuadas que les permitan atender oportuna y totalmente sus obligaciones, y evalúen y manejen adecuadamente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de sus inversiones y operaciones contingentes;
- b) Dictar en forma razonada las instrucciones tendientes a subsanar las deficiencias o irregularidades que encontraren;



c) Imponer las sanciones que correspondan de conformidad con la ley.

1.4. Bancos

Según el Diccionario de la Real Academia Española banco es: “Un establecimiento público de crédito, constituido en sociedad por acciones.”⁶ Definición que deduce la formalidad y legalidad en la creación de un banco, al tener que constituirse por sociedades, así como la finalidad del mismo en la entrega de créditos.

“Un banco es una empresa financiera que se encarga de captar recursos en la forma de depósitos, y prestar dinero, así como la prestación de servicios financieros. ... Al igual que la palabra española “banco”, la palabra griega (trá·pe·za) que se traduce como banco significa literalmente “mesa”. En un contexto financiero, como por ejemplo el trabajo de los cambistas, se refiere al mostrador para la transacción de dinero.”⁷(sic)

Antes de la creación de las monedas y los billetes, ya existían casas similares a los bancos. En Babilonia los devotos adoraban a sus dioses y utilizaban los templos para guardar sus cosas de valor, en la antigüedad los sacerdotes no cobraban por el cuidado de dichas cosas preciosas.

⁶ <http://lema.rae.es/drae/?val=banco>. (Guatemala, 28 de febrero de 2014).

⁷ <https://es.wikipedia.org/wiki/Banco>. (Guatemala, 19 de junio de 2013).



En la edad media aparecieron los llamados orfedres, que eran personas que trabajaban el oro y los metales preciosos, fueron quienes se encargaban de cambiar, cuidar y prestar dinero en la antigüedad, eran personas de confianza para los pueblos.

Los orfedres se convirtieron en banqueros con el negocio de guardar, prestar metales o cosas preciosas entregando recibos a cambio, los cuales se convirtieron en los primeros billetes. Sus talleres se convirtieron en casas que las personas llamaron bancos. Los orfedres que cuidaban las cosas valiosas por mucho tiempo iniciaron a dar préstamos a cambio de un pago adicional que hoy conocemos como intereses. Y es así como nace el banco moderno que hoy se conoce.⁸

Los bancos privados en Guatemala deben ser constituidos en forma de sociedades anónimas; los bancos extranjeros podrán constituir sucursales en la república toda vez, observen lo establecido en las normas legales. Los bancos tienen por objeto la captación de dinero del público para otorgar créditos, préstamos y financiamiento con un fin lucrativo. Para los efectos legales banco comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros constituidos en el país.

El objeto de los bancos autorizados conforme al Artículo 3 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros es: "... 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

⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Banca_de_reserva_fraccional, (Guatemala, 7 de agosto de 2013)



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.”

1.4.1. Requisitos

- El Artículo 12 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este Código y en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales. La autorización para constituirse y operar se regirá por las leyes especiales aplicables a cada caso.” Al tenor del artículo citado, los bancos se constituyen de conformidad con la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Para la legalidad de un banco en Guatemala se requiere que éste sea constituido de forma solemne; es decir, debe constar en escritura pública, dejando constancia de su objeto y de la creación de aportaciones nominativas. La denominación social de banco únicamente podrá ser utilizada por aquellos que hayan cumplido con los requisitos establecidos en la ley. Como requisito esencial es necesario que el futuro banco cuente con un capital mínimo de \$109 millones de dólares, depositados en el Banco de Guatemala según Resolución de la Junta Monetaria número 64-2011.



El régimen legal de los bancos se rige por sus leyes específicas, por la Ley de Bancos y Grupos Financieros y por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria.

1.4.2. Constitución

El procedimiento para la constitución de los bancos nacionales o sucursales de bancos extranjeros en el país; lo establece la Ley de Bancos y Grupos Financieros, el Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 y la Constitución Política de la República de Guatemala.

El procedimiento inicia con la solicitud presentada ante la Superintendencia de Bancos, indicando la entidad que se quiere constituir y acompañando la documentación necesaria; la Superintendencia de Bancos ordenará a costa de los interesados la publicación de un edicto en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación por el plazo de 15 días; con el objetivo de dar a conocer los nombres de los futuros accionistas.

La Superintendencia de Bancos realizará una investigación basada en el origen y el monto del capital, la honorabilidad de los futuros socios, estudios de factibilidad que incluyan planes estratégicos, la solvencia económica, seriedad y honorabilidad de los miembros del consejo de administración, entre otros. Seguidamente dictaminará si es procedente la constitución del nuevo banco; lo que se hará constar en escritura pública, en virtud que es un contrato solemne. El testimonio de la escritura constitutiva y la



resolución emitida por la Junta Monetaria se presentarán ante el Registro Mercantil, General de la República; quien con base a tales documentos procederá sin más trámite a su inscripción definitiva.

1.4.3. Actividades

- Los bancos autorizados conforme al Artículo 41 la Ley de Bancos y Grupos Financieros podrán prestar servicios en moneda nacional o extranjera a través de las siguientes operaciones:
 - a) Operaciones pasivas: Recibir depósitos monetarios y de ahorro a plazos o no, crear y negociar bonos y/o pagarés, obtener financiamiento del Banco de Guatemala, obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros, crear y negociar obligaciones convertibles; y realizar operaciones de reporto como reportado. El sujeto que se relaciona con la entidad bancaria ostenta frente a éste un derecho de crédito para exigirle la restitución de sus fondos depositados, en las condiciones que se hayan pactado previamente en el contrato.
 - b) Operaciones activas: Otorgar créditos, realizar descuento de documentos, otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito, conceder anticipos para exportación, emitir y operar tarjetas de crédito, realizar arrendamiento financiero, realizar factoraje, invertir en títulos valores emitidos y/o garantizados por el Estado,



por los bancos autorizados de conformidad con esta Ley o por entidades privadas, adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; y realizar operaciones de reporto como reportador. De modo que este tipo de operaciones representan la salida de capitales por parte del banco, dirigidas a personas físicas o jurídicas que los necesitan, con la obligación de devolución tanto del capital así como del beneficio de intereses a favor de la entidad bancaria.

- c) Operaciones de confianza: Cobrar y pagar por cuenta ajena, recibir depósitos con opción de inversiones financieras, comprar y vender títulos valores por cuenta ajena, y servir de agente financiero, encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones. Operaciones llamadas neutras o interferenciales, estas son operaciones de mediación en la medida que no hay incorporación de patrimonio para la entidad.
- d) Pasivos contingentes. Otorgar garantías, prestar avales, otorgar fianzas; y emitir o confirmar cartas de crédito.
- e) Servicios: Actuar como fiduciario, comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos, apertura de cartas de crédito, efectuar operaciones de cobranza, realizar transferencia de fondos, y arrendar cajillas de seguridad.



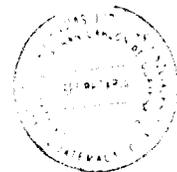
1.5. Fondo para la Protección del Ahorro

“El funcionamiento adecuado de un sistema financiero requiere la presencia de un sistema de seguridad eficiente, para minimizar el riesgo de quiebra de los bancos del sistema. Actualmente 85 países del mundo han implementado el sistema de seguros de depósitos con el objetivo de promover la estabilidad financiera del país y proteger a los pequeños depositantes de las consecuencias de una quiebra bancaria.

El transmitir a los depositantes la información de que podrán recuperar sus depósitos, aun cuando el banco donde mantienen sus depósitos sea suspendido, tiende a evitar que la salida ordenada de un banco precipite corridas sobre otros bancos, aun sobre aquellos bancos solventes que pudieran ser obligados a cerrar sus puertas por efectos del contagio”.⁹

En Guatemala esta función de seguro está encomendada al Fondo para la Protección del Ahorro, por sus siglas (FOPA). El FOPA se creó a través de la resolución JM-187-2002 del 1 de junio de 2002 de la Junta Monetaria; modificada por la resolución JM-54-2006 del 10 de mayo de 2006. El FOPA está específicamente regulado en los Artículos 85 al 95 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros; con el objeto de garantizar al depositante en el sistema bancario la recuperación de sus depósitos; ya sea parcial o totalmente en caso de quiebra o salida abrupta del banco.

⁹ http://www.banguat.gob.gt/Publica/doctos/segurodep_fopa.pdf.(Guatemala, 21 de julio de 2013).



1.5.1. Administración del Fondo para la Protección del Ahorro

Los recursos del FOPA son administrados por el Banco de Guatemala, que en su calidad de administrador calculará la cuota que los bancos deben aportar mensualmente; llevará las cuentas y los registros contables de las operaciones del fondo; elaborará mensual y anualmente los estados financieros de las operaciones del fondo; y presentará ante la Junta Monetaria los informes que correspondan; entre otras atribuciones.

1.5.2. Cobertura del Fondo para la Protección del Ahorro

El Fondo para la Protección del Ahorro cubrirá hasta un monto de 20 mil quetzales, o su equivalente en moneda extranjera, por persona individual o jurídica que tenga depósitos constituidos en un banco privado nacional o sucursal de banco extranjero. Para tal efecto se excluirán los intereses pendientes de capitalización, y las cuentas mancomunadas se entenderán abiertas por una sola persona, individual o jurídica, excepto aquéllas en las que uno de los titulares sea diferente.

Una vez la Junta Monetaria resuelva suspender las operaciones de una institución bancaria; se procede al nombramiento de una Junta de Exclusión de Activos y Pasivos; la cual tiene a su cargo hacer efectiva la cobertura de los depósitos por parte del FOPA a los cuentahabientes afectados.



1.5.3. Fuentes de financiamiento del Fondo para la Protección del Ahorro

Los recursos del FOPA, provienen de cuotas que obligatoriamente deben aportar los bancos del sistema, aportes del Estado, recursos en efectivo que obtengan en virtud del proceso de liquidación del banco y; recientemente el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, estableció la atribución para los bancos del sistema de absorber todos los depósitos monetarios y de ahorro, en moneda nacional y en moneda extranjera, con saldos menores a un mil quetzales (Q. 1,000.00) y ciento veinticinco dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.00) respectivamente; que durante un periodo de diez años hayan permanecido inactivas, prescribiendo, de pleno derecho, junto con los intereses que hubieren devengado, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro (FOPA).

El sistema bancario guatemalteco, está organizado a nivel constitucional por medio de la banca central, dirigida por la Junta Monetaria, de la que depende el Banco de Guatemala; quien supervisa las actividades financieras de los bancos del sistema por medio de la Superintendencia de Bancos. La supervisión puede minimizar la probabilidad de quiebra de los bancos del sistema pero no puede eliminar totalmente los riesgos; por lo tanto el Estado de Guatemala, al igual que otros países del mundo creó el Fondo para la Protección del Ahorro (FOPA), con el objetivo de constituir un seguro en caso de quiebra de los bancos que asegure la devolución de los depósitos bancarios realizados por los cuentahabientes.



Para el efecto es importante analizar los elementos que dan inicio al contrato de depósito bancario; así como sus características, forma de terminación y los riesgos del mismo; lo cual se hace a continuación.





CAPÍTULO II

2. Contrato de depósito bancario

Por definición contrato es: “Un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser • compelidas.”¹⁰

Desde el punto de vista legal guatemalteco, el Código Civil establece que: Un contrato nace cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. Las obligaciones contenidas en los contratos son negocios jurídicos bilaterales, generados por un hecho humano producido por una voluntad consciente y exteriorizada, que intencionalmente busca la realización de una consecuencia jurídica y que requieren para su validez un conjunto de elementos; tales como los que se describen a continuación:

- a) Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad: Ambos sujetos del negocio jurídico, tanto el deudor como el acreedor deberán cumplir con lo que establece el Artículo 8 del Código Civil: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere con la mayoría de edad, son mayores de edad los que han cumplido

¹⁰ <http://lema.rae.es/drae/?val=contrato>. (Guatemala, 2 de agosto de 2013).



dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.”

Toda persona es capaz para hacer una declaración de voluntad salvo aquéllas que la ley declare como incapaces; tal es el caso de los mayores de edad que adolezcan de enfermedad mental que los prive de discernimiento y las personas que abusen de bebidas alcohólicas o estupefacientes, ambas declaradas en estado de interdicción.

- b) Consentimiento que no adolezca de vicios: El consentimiento es la declaración de voluntad que recíprocamente se hacen los sujetos de la contratación. Doctrinariamente esta declaración se aprecia en dos etapas: La primera es la oferta: Que consiste en el ofrecimiento inicial de uno de los contratantes; y la segunda: La aceptación: Es la manifestación del consentimiento, que consiste en admitir la proposición hecha por el oferente. Tanto la oferta como la aceptación pueden ser expresas, que es cuando se formulan de palabra o por signos equivalentes; y podrán ser tácitas cuando se infiera de acciones o hechos que permiten presumir que es la manifestación de la voluntad de los otorgantes.

El Código Civil, preceptúa en el Artículo 1257: “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia...” El error es la irregularidad que consiste en el consentimiento equivocado sobre el objeto del negocio, sobre persona o el cálculo de una cuenta.



El mismo cuerpo legal en el Artículo 1261 establece: "Dolo es toda sugestión o artificio que se utiliza para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes." En sentido amplio dolo es sinónimo de mala fe o engaño y en sentido estricto es la maquinación que sirve para engañar.

La violencia como vicio del consentimiento es la acción física, moral, psicológica o material en que incurre uno de los sujetos contratantes al intimidar al otro individuo para obligarlo a realizar o no el negocio jurídico. Por último, la simulación no es más que la declaración de voluntad basada en una apariencia emitida conscientemente por los contratantes con el fin de producir engaño.

- c) Objeto lícito: Como requisito indispensable para la validez del negocio jurídico bilateral el objeto deberá ser posible, que no sea contrario a las normas jurídicas, a las buenas costumbres o la moral. Como requisito el objeto deberá ser real, propio y determinado.

Si alguno de los requisitos señalados anteriormente faltare, el contrato podría ser anulable por las partes o nulo de pleno derecho.



2.1. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del contrato de depósito bancario encuentra su primer obstáculo en determinar si es un contrato civil o mercantil; tema que se esclarece a continuación. El derecho de obligaciones y específicamente los contratos tienen sus orígenes en el derecho romano. Derecho que poco ha variado desde su florecimiento, llamándose el derecho de obligaciones la construcción jurídica más perfecta. Originariamente el derecho civil era único en materia de obligaciones y el derecho comercial surgió más tarde como una desmembración del derecho civil, pero subordinado al mismo.

La legislación guatemalteca integra el Código de Comercio y el Código Civil en materia de obligaciones y contratos; el Artículo 1 del Código de Comercio de Guatemala, establece que: "Los comerciantes en su actividad comercial, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles se regirán por las disposiciones de este Código y en su defecto por las del derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspiran el derecho mercantil."

En virtud que los principios básicos esenciales en materia de contratos se mantienen constantes e invariables desde el derecho romano; nace la teoría de la unificación, basada en los principios básicos de las obligaciones; esta teoría sustenta que no es posible establecer una línea neta de separación entre el derecho civil y el derecho de los comerciantes.



Fundados en un mismo nacimiento, la teoría de unificación de las obligaciones consagra la creación de un código único de obligaciones; aún más visionaria, esta teoría establece el sometimiento de reglas uniformes o cuando menos muy semejantes entre todos los países; esencialmente en aquellos que siguen la tradición romanista, tal es el caso del derecho civil guatemalteco.

Contrario a la teoría de la unificación, las razones que se invocan para una división de las ramas del derecho en los contratos son: Las normas de uno y de otro derecho responden a relaciones jurídicas procedentes de manifestaciones económicas distintas; las obligaciones comerciales surgen de hechos inspirados en un interés específico; el derecho mercantil es universal, progresivo, colectivo y el derecho civil es local, estático y unificado.

Específicamente en materia de contratos, el derecho civil y el derecho mercantil presentan las siguientes diferencias: El objeto en las contrataciones civiles son los bienes, contrario a los contratos mercantiles que intercambian cosas mercantiles; los sujetos en los contratos civiles no tienen la calidad de comerciantes, como es el caso de los contratos mercantiles; la finalidad en los contratos mercantiles es el lucro, no así en el derecho civil.

En caso se omita pactar un plazo, el acreedor civil deberá recurrir a un juez para que éste determine el plazo, contrario al plazo mercantil que es exigible inmediatamente; la solidaridad de deudores en la doctrina civil es necesario que se pacte expresamente,



contrario a la solidaridad mercantil; la cual refiere a que si hay una obligación mercantil y varios deudores la mancomunidad es solidaria por virtud de la ley.

En el tema de la mora civil, es necesaria la interpelación o sea el requerimiento ya sea de forma judicial o notarial; a diferencia de la mora mercantil, en la cual se incurre sin necesidad de requerimiento.

Por lo tanto, se concluye en este primer apartado que el contrato de depósito bancario es un negocio jurídico mercantil; en virtud que uno de los sujetos contratantes es un comerciante, el cual ejerce en nombre propio y con fines de lucro la actividad de banca y el objeto del mismo involucra cosas mercantiles.

A continuación se define el contrato de depósito civil y mercantil para su mayor comprensión y diferenciación. Depósito civil: "El verificado como un contrato y regido por la legislación civil. En virtud de éste, una parte se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. Se contrapone al depósito mercantil, en el depósito civil, el depositario debe intereses cuando incurra en responsabilidad y desde el día que la determine. Debe igualmente intereses si utiliza la cosa depositada contra expresa prohibición. Además, desde el instante en que incurre en mora por la restitución a que de lo depositado se le haya exigido." ¹¹

¹¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo III. Pág. 103.



Deposito mercantil: “El depósito, considerado como la prestación de un servicio, es un contrato por medio del cual el sujeto depositario recibe una cosa que le confía el depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando se le requiera.” ¹²(sic)

Habiéndose determinado que el contrato de depósito bancario es una especie de los contratos mercantiles; también se hace necesario diferenciarlo de otros contratos que llevan implícitas características similares que pudieran provocar confusión en su naturaleza jurídica; tal es el caso de los contratos de comodato y el contrato de mutuo, los cuales se analizan a continuación:

Diferencia entre contrato de comodato y contrato de depósito: Comodato deviene del latín “commodatum” es un contrato real y de buena fe por el que una persona llamada comodante entrega a otra llamada comodatario una cosa específica no fungible para que la use gratuitamente durante un tiempo determinado y a la conclusión de dicho plazo la cosa deberá ser restituida en iguales condiciones. La diferencia entre los contratos de depósito y comodato resalta en la entrega de la cosa. En el contrato de comodato la cosa es no fungible, es decir no intercambiable o sustituible por otra y el uso puede ser gratuito. Contrario al depósito mercantil el cual lleva implícito un fin lucrativo.

Diferencia entre contrato de mutuo y contrato de depósito: Mutuo deviene del latín “mutuum” es el contrato por medio del cual una persona llamada mutuante entrega a

¹² Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 43.



otra llamada mutuario una determinada cantidad de cosas fungibles con la obligación por parte del mutuario a que transcurrido determinado plazo se deberá restituir una cantidad equivalente en cuanto a su género y calidad. La diferencia consiste en que la naturaleza jurídica del mutuo es un préstamo de cosas fungibles; no así el depósito que es la guarda y custodia de las cosas fungibles. Por lo tanto, el depósito mercantil cuenta con su propia naturaleza jurídica basada en la guarda y custodia de bienes fungibles o no fungibles con un fin lucrativo.

Atendiendo a su naturaleza el bien depositado y su restitución, el depósito puede ser regular e irregular. “Es el depósito regular de cosas no fungibles y por consiguiente deben restituirse las mismas cosas que se reciben. En el depósito irregular la cosa o cosas objeto del mismo, son fungibles y se pueden restituir otras de la misma especie, calidad y cantidad.”¹³ Este último, es el caso del depósito bancario.

2.2. Definición de depósito bancario

El depósito bancario es: “El realizado en una entidad bancaria. Tiene por objeto encargar a ésta la custodia de ciertos bienes muebles; como monedas, billetes, títulos y otros valores, con encargo de devolución. Es esencialmente oneroso para el depositante...”¹⁴ (sic)

¹³ Pineda Sandoval, Melvin. **Derecho mercantil**. Pág. 82.

¹⁴ Cabanellas de Torres. **Ob.Cit.** Pág. 101.



“Son depósitos de dinero y de títulos de crédito efectuados en instituciones bancarias legalmente autorizadas y en los límites de la respectiva autorización.”¹⁵

La principal característica de la definición del contrato de depósito bancario deriva en que se trata de una operación mercantil; mediante la cual un comerciante llamado depositante entrega a otro llamado depositario una cosa mueble que se obliga a guardar y restituir mediante una retribución.

La definición legal del depósito bancario está establecida en el Artículo 715 del Código de Comercio de Guatemala; que estipula: “El depósito de dinero transferirá la propiedad al Banco depositario, quien tendrá la obligación de restituirlo.” Al tenor del artículo transcrito resalta no sólo la entrega del bien dado en custodia sino el traspaso de la propiedad del mismo; esto es entendible en relación a los principios filosóficos del derecho mercantil y el poco formalismo de los mismos.

2.3. Su importancia como fuente del financiamiento

Los depósitos bancarios forman parte de la actividad pasiva de los bancos que captan dinero del público para su canalización hacia el resto de sectores. La aceptación de los depósitos bancarios realizados por el público es una de las operaciones que mayor compromete a las entidades bancarias; ya que no sólo se convierten en depositarias de

¹⁵ Pineda Sandoval. **Ob.Cit.** Pág. 83.



los recursos económicos, sino también depositarias de la confianza de los clientes. Fuerza que da a estos establecimientos características que permiten tomar y transformar los ahorros hacia una inversión productiva, otorgando los bancos un gran número de posibilidades en actividades crediticias, ya sea por el otorgamiento de préstamos en dinero, facilidades de pago, entrega de tarjetas de crédito, etc. Todo esto con el fin lucrativo representado en el cobro de intereses por parte de los bancos; que permite a los particulares obtener financiamientos en poco tiempo y así promover las inversiones a corto o a largo plazo.

“En el caso del dinero, entregado a una institución bancaria no sólo otorga seguridad, sino también proporciona la ventaja de poder devengar intereses o adquirir medios de pago (cheques) cuando se dispone a la vista.”¹⁶ Con la intención de obtener un servicio rápido y seguro. Otra razón que da importancia a los depósitos bancarios es la separación del patrimonio normalmente manejado, con el deseo de constituir un fondo previo para futuras y eventuales necesidades, así como evitar las dificultades o inconvenientes de un manejo de fondos en moneda o billetes.

Los motivos mencionados permiten afirmar que los depósitos bancarios no tienen como única finalidad la custodia de sumas depositadas; como pudo haber sido en los inicios de la actividad bancaria.

¹⁶ Villegas Lara. *Ob.cit.* Pág. 44.



2.4. Clasificación

El depósito bancario en dinero se presenta en diferentes modalidades. Considerando el momento en que la entidad de crédito está obligada a la restitución de la cantidad de dinero depositado; los bancos del sistema utilizan estrategias mercadológicas con el objetivo de ofrecer el mejor contrato de depósito según las necesidades de los cuentahabientes. Puede distinguirse en depósitos a la vista, de ahorro y a plazos entre los más importantes, los cuales se analizan a continuación.

2.4.1. Depósito a la vista

Es un depósito bancario irregular llamado también depósito a la vista en firme, consiste en la transmisión de dinero propiedad del cuentahabiente hacia el depositario; quien al recibirlo se compromete a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en el acto en que el depositante lo solicite. Su naturaleza jurídica radica en el derecho que tiene el cliente de exigir en cualquier momento la devolución total o parcial de su dinero; estando el banco obligado a la devolución y al pago de sus intereses.

2.4.2. Depósitos de ahorro

Consiste en un depósito bancario irregular de dinero. Es un depósito irregular de dinero, porque el depositario recibe la guarda de las cantidades depositadas y dispone de ellas



según su conveniencia, dentro de los límites de sus atribuciones y al margen de la ley.

El depósito de ahorro se caracteriza por la finalidad de capitalización que lo domina; el propósito del depositante es formar un capital por acumulaciones reiteradas y conservar la suma lograda, con el objeto de disponer del mismo cuando así lo desee.

2.4.3. Depósito a plazos

Este es un depósito bancario irregular de dinero con intereses, este tipo de contrato cuenta con dos características distintivas: "... la primera consiste en que se trata de un depósito en firme, es decir, que se reduce a una operación de constitución y a una operación de disposición, sin que el depositante tenga el derecho de hacer sucesivos abonos y cargos; la segunda nota consiste en que se trata de un depósito a término o a plazo, en el sentido técnico de la palabra. El depositante no tiene derecho a la restitución del dinero, depositado, sino una vez transcurrido el plazo determinado." ¹⁷

La diferencia radica en la restitución de los fondos depositados, pues no se hace a requerimiento del depositante sino precisamente al término del plazo fijado.

2.4.4. Otros depósitos

a) Depósito simple a títulos: El banco opera recibiendo una vez los títulos adquiriendo su propiedad, con la obligación de restituirlos en el plazo y forma estipulado.

¹⁷ Villegas Lara. **Ob.Cit.** Pág. 84.



- b) Depósito bancario de títulos en cuenta: Es el depósito bancario irregular de títulos valor depositados en cuentas. Supone una serie sucesiva de abonos y cargos como actos de constitución y de disposición final, como acto de liquidación.
- c) Depósito en almacenes generales de depósito: Es considerado como una prestación de un servicio, es un contrato por medio del cual una sociedad anónima especial denominada almacén general de depósito recibe una cosa que le confía el depositante, con la obligación de custodiarla y devolver la misma cuando se requiera.

2.5. Características del contrato de depósito bancario

El contrato de depósito bancario tiene los siguientes caracteres generales que lo distinguen de otros contratos mercantiles.

- a) Principal: El contrato de depósito bancario nace a la vida jurídica sin necesidad de recurrir a otro contrato, es decir que no depende de la existencia de otro.
- b) Real: Este contrato se perfecciona con la entrega de la cosa, es decir con la entrega del dinero al banco. Entregada la cantidad nacen las obligaciones para el banco como lo es la restitución del dinero que le ha sido entregado y la de abonar los intereses.



- c) Nominado: En virtud que tiene un nombre, otorgado por la práctica social; denominado contrato de depósito bancario, pudiendo ser de ahorro o monetario.

- d) Conservación y custodia: El depositario asume la guarda y custodia de las cosas.

- e) Conmutativo: La legislación guatemalteca sigue la corriente de subclasificación del contrato oneroso conmutativo; en relación a que las partes están sabidas desde que se celebra el contrato de cuál es su naturaleza, alcances y obligaciones; es decir, que desde el momento de su perfeccionamiento pueden apreciar los beneficios y pérdidas del mismo.

- f) De adhesión: Esta es la característica más sometida de los contratos de depósito bancario, la cual se da por la estandarización de la contratación por medio de formularios; creados por los bancos y autorizados por la Superintendencia de Bancos sin que pueda intervenir el cuentahabiente en las cláusulas compromisorias del mismo.

- g) Bilateral: Porque ambas partes se obligan de forma recíproca. El banco se compromete a la custodia y devolución del capital entregado así como al pago de los intereses devengados. El depositante se obliga a la entrega del capital en el modo y plazo establecido.



h) No formal: Por ser un contrato de naturaleza mercantil se caracteriza por ser poco formalista. Pudiendo constar el contrato de adhesión en un formulario.

El contrato de depósito bancario es una especialidad del contrato de depósito mercantil, en virtud que se caracteriza por ser parte de una serie de operaciones realizadas en masa y profesionalmente por comerciantes constituidos como bancos y por ser figuras sujetas a un ánimo de lucro.

La clasificación de los contratos de depósito se basa en el momento en que el depositario se compromete a la entrega de los capitales depositados. Atendiendo a la característica propia de este contrato de adhesión, es importante establecer el plazo o prescripción de los mismos, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, tema analizado en el siguiente capítulo.





CAPÍTULO III

3. Prescripción de los contratos de depósito bancario

Los contratos son negocios jurídicos bilaterales en virtud de los cuales dos o más personas aparecen ligadas, en forma, modo y plazo. Los contratos siguen su curso marcado por las partes o establecido por la ley para que efectivamente se llegue a la extinción de la obligación. Pudiendo ser la extinción por compensación, novación, remisión, confusión o prescripción; este último tema es la parte medular del presente trabajo de tesis.

La prescripción es una institución jurídica en la cual el transcurso del tiempo produce el efecto de asegurar las situaciones de hecho, permitiendo la pérdida o adquisición de los derechos. En el derecho anglosajón se le conoce como “statute of limitations” que significa reglas de prescripción. Como antecedente histórico, en el derecho romano las acciones en contra de las obligaciones eran perpetuas, es decir, imprescriptibles. Con el paso del tiempo y la evolución del derecho, los pretores fijaron un plazo dentro del cual debían ejercitarse las acciones, de allí surge el derecho de prescripción.¹⁸

En el derecho moderno las obligaciones tienen una vida limitada en el tiempo y en el espacio. Diferenciándose de los derechos reales en los cuales la relación concebida

¹⁸ http://enciclopedia.us.es/index.php/Leyes_de_Roma. (Guatemala 15 de noviembre de 2013)



tiene una duración ilimitada. Se distinguen dos tipos de prescripción: La prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva.

La prescripción adquisitiva también llamada positiva, es un modo de adquirir la propiedad en virtud de la posesión prolongada por un periodo de tiempo establecido en la ley. Contrario a la prescripción extintiva llamada también negativa, esta prescripción no pretende crear un derecho de propiedad, su fin es dejar sin efecto coercible una obligación por el paso del tiempo.

La naturaleza jurídica de la prescripción se fundamenta en dos teorías: La teoría subjetiva y la teoría objetiva.

La primera es la teoría subjetiva, ésta señala que la prescripción se fundamenta en un castigo para el acreedor, ya que si él podía cobrar y por negligencia dejaba transcurrir el tiempo y no lo hacía, merecería el castigo; para otros autores la teoría subjetiva se fundamenta en un perdón, ya que el acreedor deja pasar el tiempo sin ejercitar su derecho con el objetivo de perdonar la obligación.

La segunda teoría es la teoría objetiva, ésta se fundamenta en la seguridad de los bienes, dando al deudor la posibilidad que después del paso del tiempo su patrimonio no va a ser embargado. Esta última es adoptada por la legislación civil guatemalteca, que en el Artículo 1501 del Código Civil, establece: "La prescripción extintiva, negativa o



liberatoria, ejercida como acción o como excepción por el deudor, extingue la obligación...”.

3.1. Definición

Específicamente la prescripción extintiva: “Es el modo de extinguir la obligación y consiste en el no ejercicio de un derecho por el titular del mismo, durante el tiempo estipulado legalmente, por lo que la obligación pierde su coercibilidad”.¹⁹

El diccionario enciclopédico de derecho usual define prescripción extintiva como el: “Modo de extinguirse los derechos patrimoniales por no ejercerlos su titular durante el lapso determinado en la ley. Libertad que tiene el deudor para no cumplir su obligación por no haberse exigido el cumplimiento de ésta a su debido tiempo por el acreedor. En esta prescripción no se precisa título ni buena fe, tampoco; porque se basa en la pasividad, en el silencio o inacción del titular del derecho en lo inmobiliario y del acreedor en las obligaciones durante el tiempo establecido en la ley. “²⁰

Legalmente el Artículo 1501 del Código Civil, establece la siguiente definición: “La prescripción extintiva, negativa o liberatoria, ejercida como acción o como excepción por el deudor, extingue la obligación.” Dando como resultado la pérdida del derecho por el paso del tiempo.

¹⁹ Rodríguez Velázquez de Villatoro , Hilda Violeta. **Derecho de las obligaciones III**. Pág. 453.

²⁰ Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Tomo IV. Pág. 425.



3.2. Derecho comparado que regula la prescripción de cuentas inactivas

En este apartado se realiza una pequeña reseña de las normas legales en el derecho comparado, destacando países con crecimiento económico a nivel latinoamericano como es el caso de México, Panamá y Colombia; tomando en cuenta que son países que tienen el mismo origen en materia de leyes civiles.

3.2.1. México

La Ley de Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicana el 18 de julio de 1990 constituye la regulación legal de las entidades bancarias en el Estado Federado de México. La ley tiene como objetivo regular el servicio de banca y crédito, así como la organización y funcionamiento equilibrado de las instituciones de crédito; para la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado mexicano ejercerá la rectoría financiera de su sistema bancario.

El Artículo 61 de la referida ley mexicana reformada por última vez en el 2011 establece: "El principal y los intereses de los instrumentos de captación que no tengan fecha de vencimiento, o bien, que teniéndola se renueven en forma automática, así como las transferencias o las inversiones vencidas y no reclamadas, que en el transcurso de tres años no hayan tenido movimiento por depósitos o retiros y, después de que se haya dado aviso por escrito, en el domicilio del cliente que conste en el



expediente respectivo, con noventa días de antelación, deberán ser abonados en una cuenta global que llevará cada institución para esos efectos. Con respecto a lo anterior, no se considerarán movimientos a los cobros de comisiones que realicen las instituciones de crédito. ...”

La legislación mexicana a través de la iniciativa parlamentaria número 3342-IV, expone el objetivo de proporcionar seguridad jurídica a los cuentahabientes de las instituciones bancarias; por medio de la operación de recepción de depósitos bancarios de dinero, ya sea por no contar con un plazo determinado o por llegar al vencimiento del plazo establecido. Cabe destacar que el comiso de los depósitos bancarios son abonados a una cuenta global que cada institución bancaria lleva.

Los recursos aportados a la cuenta global continúan generando intereses. Asimismo, es importante indicar que la legislación mexicana cubre la posibilidad de un futuro reclamo del depositante o inversionista que se presente para realizar un depósito o retiro, o reclamar la transferencia o inversión de una cuenta ya prescrita; para lo cual la institución deberá retirar de la cuenta global el importe total, a efecto de abonarlo a la cuenta respectiva o entregárselo al depositante. A diferencia de la legislación guatemalteca, la cual establece el traslado de los fondos a favor del Fondo Nacional para el Ahorro sin opción a reintegro.

En cuanto al plazo de la prescripción, las cuentas sin movimiento en el transcurso de tres años contados a partir de que los recursos se depositen en la cuenta global, cuyo



importe no exceda por cuenta, al equivalente a trescientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, prescribirán en favor del patrimonio de la beneficencia pública.

La legislación mexicana es muy completa al establecer un periodo de gracia para los cuentahabientes que no hayan actualizado sus saldos en el transcurso de tres años; toda vez se les haga saber por medio de un aviso por escrito en el domicilio del cliente bancario, añadiendo un plazo de noventa días de antelación.

En este sentido, la legislación guatemalteca tiene una laguna legal, en virtud que no estableció el mecanismo de notificación o plazo para la captación de las cuentas bancarias sin movimiento, tema profundizado en el capítulo V.

3.2.2. Panamá

Específicamente el Acuerdo número 03-2005 de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos de la República de Panamá, es el instrumento legal por medio del cual se ha puesto de manifiesto la necesidad y conveniencia de establecer el alcance e interpretación de las disposiciones legales referentes a los bienes, fondos y valores en poder de las instituciones bancarias que permanezcan inactivos por cinco años y pertenezcan a personas de paradero desconocido, así como los trámites para su correspondiente restitución.



La parte considerativa del Acuerdo mencionado resume las normas jurídicas que tienen relevancia en la prescripción de cuentas inactivas; las cuales se detallan a continuación por su importancia.

El Decreto Ley No. 9 del 26 de febrero de 1998 en el numeral 1 del Artículo 5 establece que es función de la Superintendencia de Bancos, velar porque se mantenga la solidez y eficiencia del sistema bancario. El Artículo 154 preceptúa que las instituciones bancarias deben comunicar a la Superintendencia de Bancos sobre los bienes, fondos y valores en su poder que permanezcan inactivos por cinco años y pertenezcan a personas cuyo paradero se ignore, a fin de que una vez comprobado este hecho, su valor líquido sea traspasado al Tesoro Nacional. El Artículo 155 establece que el Estado restituirá sin intereses dichos fondos a su dueño, siempre y cuando sean reclamados dentro de los diez años siguientes a la fecha en que fueron traspasados.

La Resolución General 3-2004 del 6 de septiembre de 2004, estableció que los informes de cuentas y valores inactivos de titulares con paradero desconocido, se presentarán dentro de los primeros diez 10 días del mes siguiente al cierre del trimestre respectivo. El Decreto 49 del 11 de enero de 1977 del Ministerio de Hacienda y Tesoro, establece el procedimiento para la devolución de fondos ingresados al Tesoro Nacional.

La legislación panameña, ha profundizado en materia de la prescripción de las cuentas inactivas, agregando dos años más a la prescripción de cuentas, en relación al caso de México; asimismo, cabe destacar que provee una posible devolución de los depósitos a



los cuentahabientes al igual que México, Panamá y Colombia, no siendo el caso de Guatemala.

3.2.3. Colombia

La prescripción de las cuentas bancarias inactivas en la República de Colombia se encuentra regulada por el Artículo 36 del Decreto Legislativo 2331 de 1998, el cual establece: "Los saldos de las cuentas corrientes o de ahorro que hayan permanecido inactivas por un período mayor de un año y no superen el valor equivalente a dos 2 UPAC, serán transferidos por las entidades tenedoras a título de mutuo a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Tesoro Nacional, para desarrollar el objeto del Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación, del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, el seguro de desempleo y el servicio de estos recursos en los términos y condiciones que determine el reglamento."

Los aspectos a destacar en la regulación colombiana es el valor de una UPAC, que constituye las siglas en español de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, este es un sistema de valor constante para ahorros y préstamos de vivienda con un valor unitario de \$51.00.



Después de haber permanecido inactivas las cuentas corrientes o de ahorros por seis meses o más, los saldos correspondientes deben trasladarse a las cuentas corrientes inactivas o depósitos de ahorro inactivos, respectivamente. Si se completa un año de inactividad y los saldos no superan el valor equivalente a dos UPAC tales valores deben ser transferidos a título de préstamo a la Dirección General del Tesoro Nacional. Si después de transcurrido el año de inactividad los depósitos son superiores a la cifra indicada, deben permanecer en poder de la entidad financiera.

Para los titulares de las cuentas corrientes o de ahorros inactivas, operará la prescripción extintiva al transcurrir el término de diez años sin haber ejercitado los derechos inherentes a su calidad; siempre que no haya sido interrumpida por el reconocimiento expreso o tácito de la entidad financiera y como consecuencia de ello, las entidades financieras deudoras quedarían liberadas de la obligación de pagar los saldos a sus dueños anteriores.

El precepto legal en relación a la prescripción de los fondos en cuentas inactivas tiene su razón de ser para el Estado colombiano; en virtud que dichos fondos son aprovechados por el mismo Estado, con el fin de atender las necesidades y urgencias inherentes al Estado, sin perjuicio para los depositantes.

En los depósitos de cuenta corriente o de ahorros el depositante transfiere la propiedad del dinero a la entidad financiera para que ésta pueda emplearlo en sus operaciones; quedando obligado el depositario a restituir otro tanto en calidad y

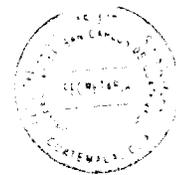


cantidad. La posible prescripción que tendría lugar en el caso de los depósitos de que se trata sería la extintiva, no la adquisitiva, por sustracción de materia, dado que la entidad financiera es dueña del dinero recibido desde su depósito. Al cumplirse los diez años de inactividad por parte del titular de la cuenta, siempre que la prescripción no haya sido interrumpida por el deudor, podría considerarse extinguida la deuda a cargo de la entidad financiera.

Cabe destacar que la legislación colombiana prevé una posible solicitud del retiro del saldo inactivo, reintegrando al prestamista la suma correspondiente sumado a los rendimientos respectivos, de acuerdo con los intereses que el depósito devengaba en la entidad financiera. Estableciendo la legislación un plazo para la devolución de dichas cantidades el cual se computa a más tardar al día siguiente. Caso excepcional, en relación a Guatemala, Panamá y México.

3.3. Requisitos

Los contratos de depósitos bancarios se ven compelidos a cumplir con la determinación de la obligación y al cumplimiento de los plazos, los cuales se desarrollan a continuación.



3.3.1. Existencia de una obligación

“Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor.”²¹

- La existencia de la obligación en los contratos de depósitos bancarios es la entrega de las cantidades depositadas por parte del cuentahabiente y la devolución de las sumas depositadas más los intereses al titular o beneficiario de las cuentas.

3.3.2. Cumplimiento del plazo

Plazo es un hecho futuro y cierto, que hace que se inicie o extingan los efectos de la obligación. El Artículo 1279 del Código Civil, establece: “El plazo solamente fija el día o fecha de la ejecución o extinción del acto o negocio jurídico.”

El plazo se clasifica en: Plazo convencional, legal o judicial. Es convencional cuando éste ha sido fijado por la voluntad de las partes en un contrato, ya sea de forma unilateral o bilateral. El plazo será legal cuando el término ha sido establecido por el legislador y aparece determinado en una norma jurídica; siendo éste de observancia general. Y por último el plazo judicial es el que tiene su origen en un acto de autoridad

²¹ Rodríguez, Hilda Violeta. **Ob.Cit.** Pág. 36.



jurisdiccional que lo decreta en caso el negocio no señale plazo; pero su naturaleza y circunstancias deducen su existencia, a través de un juicio ordinario de fijación de plazo.

El Artículo 49 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, da facultad a los jueces de señalar el plazo cuando la ley o las partes no lo han dispuesto expresamente. Los plazos pueden ser además suspensivos o resolutorios; el primero es el que indica en que momento han de comenzar los efectos de la obligación y el segundo es el que fija el momento en que han de cesar aquellos.

El plazo puede ser establecido en beneficio de ambas partes o a favor de una sola de ellas; el beneficiario tiene derecho a gozar del mismo, por lo que no podrá imponérsele el cumplimiento prematuro de la obligación sin que haya transcurrido la totalidad del plazo. Es decir que necesariamente tiene que ocurrir. Esta condición es llamada "diez certus" que quiere decir, que se sabe necesariamente que ha de venir. Como sea que haya sido señalado el plazo no afecta la obligación, sino únicamente su exigibilidad y como consecuencia, mientras no venza el plazo no se inicia la prescripción de la obligación ni puede colocarse en mora.



3.4. Efectos de la prescripción en los contratos de depósito bancario

La prescripción en general tiene como consecuencia jurídica la extinción de un derecho o contrariamente la adquisición de un derecho; ambas por el por el paso del tiempo. En el caso de la prescripción de los contratos de depósito bancario se está ante una prescripción extintiva.

- a) El efecto principal es que se extingue tanto la obligación principal como la obligación accesoria; según el Artículo 1501 del Código Civil guatemalteco. Es decir, que extingue la exigibilidad de obligación de las cantidades depositadas así como de los intereses devengados.

- b) Las personas que no administran sus propios bienes pueden reclamar contra sus representantes legales el dolo, culpa o negligencia que dio causa a la prescripción; así lo establece el Artículo 1502 del mismo cuerpo legal citado.

- c) Los que tienen capacidad para obligarse pueden renunciar la prescripción ya adquirida, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo.

La prescripción de las cuentas inactivas de los bancos del sistema compelen a que la obligación esté bien determinada y al cumplimiento del plazo, lo cual da como consecuencia la prescripción extintiva por plazo legal. El derecho comparado muestra



similitudes y diferencias en la legalidad de las prescripciones; de las cuales se han analizado las más destacadas a nivel latinoamericano. Es importante establecer si las prescripciones en las cuentas inactivas cumplen con la legalidad guatemalteca; específicamente determinar si cumplen con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.



CAPÍTULO IV

4. Control constitucional de leyes

“El control de constitucionalidad es el mecanismo jurídico por el cual, para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales, se realiza un procedimiento de revisión de las normas ordinarias, y en caso de contradicción con la Constitución se procede a la invalidación de las normas de rango inferior que no hayan sido hechas en conformidad con aquéllas. El fundamento de este control es el mantenimiento del Principio de Supremacía Constitucional.”²² (sic)

La Constitución Política de la República de Guatemala es producto del consenso popular, libre y democrático, que tomando en consideración la primacía de la persona humana como sujeto y fin del ordenamiento social; reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y al Estado como responsable de la promoción del bien común; contiene los principios y derechos fundamentales de las personas, la organización básica del Estado y las garantías constitucionales; la ley suprema del Estado se encuentra en el peldaño más alto del ordenamiento jurídico guatemalteco.

²² http://es.wikipedia.org/wiki/Control_de_constitucionalidad. (Guatemala, 21 de julio de 2013).



Todo lo que contradiga los principios axiológicos de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, crea un conflicto constitucional el cual deberá ser defendido por los medios establecidos.

“El conflicto constitucional se produce cuando una persona o un órgano público, con su acción u omisión genera como resultado la infracción valórica, formal o sustancial de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.”²³

Para lo cual, existen medios protectores que limitan el abuso de poder. Entre los cuales se pueden agrupar dos categorías, la primera: La protección a la Constitución, comprendiendo los medios a través de los cuales se pretende incorporar rigidez en cuanto a la reforma de la Constitución y los órganos de control político; y la segunda: Las garantías constitucionales, predominando el carácter procesal que está dirigido a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder.

Con fundamento en la supremacía constitucional, el control y defensa de la Constitución Política de la República de Guatemala puede realizarse por medio de procesos que pueden agruparse en dos bloques: En el primero se encuentran aquellas garantías orientadas a proteger los derechos fundamentales de la población a través del amparo

²³ Aguirre Ramos, Carlos Enrique. **Apuntes de derecho procesal constitucional**. Pág. 36.



y la exhibición personal. En el segundo bloque la custodia del principio de supremacía constitucional en la producción de las normativas, por medio de la inconstitucionalidad de leyes. Esta última cuando el conflicto es entre la Constitución y la ley, que al ser aprobada por el Congreso de la República de Guatemala, ésta infringe en su forma o fondo a la Ley Suprema.

La defensa del orden constitucional asigna por mandato legal a la Corte de Constitucionalidad como tribunal permanente de jurisdicción privativa; la cual actúa como un tribunal colegiado e independiente de los demás organismo del Estado.

4.1. Supremacía constitucional

El austriaco Hans Kelsen dio origen a la teoría pura del derecho, la idea subyacente es la automatización del derecho. Kelsen sustentó un ordenamiento jurídico basado en la jerarquía normativa, es decir que toda norma obtiene su vigencia por una norma superior. Esta jerarquía adquiere su cúspide en la Constitución como una norma fundante de las demás. La pirámide de Kelsen representa gráficamente la idea de un sistema jurídico ordenado y escalonado. En el nivel fundamental está la Constitución y leyes de carácter constitucional, en el segundo nivel se encuentran las leyes formales, entre las cuales se encuentran las leyes formales, decretos y códigos. Por último se encuentra el nivel de los reglamentos, acuerdos, resoluciones y contratos.



En Guatemala el principio de supremacía constitucional se encuentra establecido en los Artículos 44, 204 y 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala el último por su importancia se transcribe: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandados constitucionales son nulas ipso jure.” Quiere decir que sin excepción sean leyes ordinarias, reglamentarias o individualizadas, para que sean de observancia obligatoria, toda ley deberá estar acorde a los principios establecidos en la Ley Suprema, de lo contrario serán nulas de pleno derecho.

4.2. Inconstitucionalidad de leyes

La inconstitucionalidad de leyes es una acción directa o indirecta que procede contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general; que contengan vicios parciales o totales contrarios a lo preceptuado en la Constitución Política de la República de Guatemala. Sean objetados con carácter general o en un caso concreto, tienen como consecuencia la anulación de las mismas con efectos generales de “erga omnes” que significa frente a todos y “ex nunc” que significa desde ahora.

El Artículo 5 del Decreto de fecha 11 de septiembre de 1837 de la Asamblea Legislativa del Estado de Guatemala, es el antecedente histórico clave y precursor del control constitucional de las leyes al establecer: “Que toda determinación sea en forma de ley, decreto, providencia, sentencia, auto u orden que proceda de cualquier poder, si ataca alguno o alguno de los derechos naturales del hombre, ó comunidad, ó cualquiera de



las garantías consignadas en la ley fundamental, es nula ipso jure, y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla”.²⁴(sic)

Existen dos sistemas de control constitucional de normas o leyes: El sistema difuso y el sistema concentrado. El sistema difuso también llamado sistema norteamericano, es el medio de control y defensa que llevan a cabo los jueces u órganos jurisdiccionales; durante el desarrollo de un determinado proceso ya sea por la vía incidental o principal pero sin que se llegue a un proceso constitucional especial. En el sistema difuso es el control que ejercen los jueces de cualquier categoría, los cuales pueden actuar como jueces constitucionales con el objetivo de determinar cuál es el derecho aplicable a cada caso en concreto.

El Artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 163 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente; establecen que Guatemala cuenta con un sistema concentrado de constitucionalidad asignado a la Corte de Constitucionalidad; que constituye el órgano privativo con poder absoluto para eliminar del ordenamiento jurídico aquellas normas que sean contrarias a la Constitución. La jurisdicción constitucional obra con independencia de los casos concretos que se tramitan en los tribunales de justicia.

²⁴ García Laguardia, Jorge Mario. **Defensa de la constitución**. Pag. 53.



En Guatemala el sistema es mixto, ya que coexisten formas de control concentrado por medio de la inconstitucionalidad general y del control difuso por medio de la inconstitucionalidad en caso concreto. Además, la Corte de Constitucionalidad conoce en única instancia las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general y tiene competencia para conocer en apelación todas las impugnaciones en contra de leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos.

El Artículo 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece: “Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala”.

4.2.1. Inconstitucionalidad en casos concretos

La inconstitucionalidad en casos concretos llamada doctrinariamente inconstitucionalidad indirecta: “Es un medio de defensa que la Constitución autoriza para que quien es parte de un proceso judicial pueda evitar que se aplique una norma inconstitucional.”²⁵

²⁵<http://www.cc.gob.gt/DocumentosCC/Capacitaciones/cursoactualizacion/inconstitucionalidadencasocncreto.pdf>. (Guatemala, 15 de agosto de 2013).



Tiene como objetivo lograr que el tribunal de conocimiento, al momento de decidir sobre el fondo del asunto, no aplique la norma atacada, pues resultaría inconstitucional fundamentar el fallo en ella. La legitimidad para promover la inconstitucionalidad de ley en casos concretos requiere la calidad de parte en el proceso. La inconstitucionalidad en casos concretos puede ser planteada como incidente, excepción, acción y en forma especial como motivación del recurso de casación.

Su naturaleza jurídica es afirmar que en la inconstitucionalidad en caso concreto se está ante un asunto prejudicial; es decir, una cuestión previa o juicio anterior a otro principal en el que se debe decidir previamente sobre la legitimidad constitucional de la norma impugnada.

Los efectos jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad en caso concreto, de conformidad con los Artículos 116 y 126 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, son provisionales y definitivos.

Los efectos provisionales de la declaración es la paralización de la tramitación del proceso de jurisdicción ordinaria; por lo que el juzgador se ve impedido de decidir la cuestión principal, sin que se haya dictado el fallo que esclarece la legitimidad constitucional. Los efectos definitivos, una vez ha adquirido firmeza la resolución de inconstitucionalidad ya sea en primera o en segunda instancia, son la inaplicabilidad de las disposiciones señaladas. Dejando como consecuencia un acto declarativo con alcance "ex nunc inter partes" es decir, desde ahora entre las partes.



4.2.2. Inconstitucionalidad de carácter general

Guatemala, ha previsto el control directo y reparador de la constitucionalidad sobre aquellas leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que infrinjan la Constitución Política de la República de Guatemala, por medio de la inconstitucionalidad de carácter general. Al tenor del Artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; la inconstitucionalidad de carácter general que contenga vicios parciales o totales se planteará directamente ante la Corte de Constitucionalidad.

La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general puede manifestarse en dos formas, según la naturaleza del vicio del que adolecen las disposiciones señaladas, por vicios materiales o por vicios formales.

La primera es la inconstitucionalidad por vicios materiales: Que es la que más comúnmente se presenta, cuando se refiere a discordancias de fondo entre los preceptos consagrados en el texto constitucional y las disposiciones legales impugnadas. Y la segunda la inconstitucionalidad por vicios formales, conocida también con el nombre de inconstitucionalidad "interna corporis", que atiende a irregularidades en el proceso legislativo de formación de ley.



4.2.3. La legitimación activa

La legitimación activa es restringida para el planteamiento de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general; al tenor del Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, tienen legitimación activa:

- a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente;
- b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación;
- c) El Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia;
- d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos. Esto como consecuencia de una acción popular, que puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, indicando que existe acción popular y no es necesario que se acredite un interés jurídico directo en el asunto; contrario a la inconstitucionalidad en caso concreto.



4.2.4. Momento

Como característica de los sistemas de justicia constitucionales concentrados, el momento para la acción de inconstitucionalidad ha de ser posterior a la promulgación de las leyes o actos que se estiman contrarios a la Ley Suprema. “El fundamento del control a posteriori reside en la superación del dogma de la soberanía del Parlamento y de la ley, así como en la flexibilización del principio de separación de los poderes... No obstante el control también puede ser a priori si se ejerce sobre proyectos de ley, en la forma y condiciones establecidas en las diferentes legislaciones.”²⁶ Evitando con esto dar vida a una ley no congruente con la Constitución.

En cuanto a la temporalidad de la acción de inconstitucionalidad, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad no establece ningún límite de tiempo para ejercer la acción; es decir, que la misma no caduca y por lo tanto podría promoverse en cualquier tiempo; a diferencia de otras garantías constitucionales, como por ejemplo el amparo, el cual deberá ser interpuesto en el término de 30 días.

4.2.5. Procedimiento

El Artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que

²⁶ Aguirre Ramos, Carlos Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 88.



contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.”

La solicitud de inconstitucionalidad se hará por escrito, cumpliendo con los requisitos establecidos para cualquier solicitud común, añadiendo en forma razonada y clara los motivos jurídicos que basan la impugnación.

Dentro de los ocho días siguientes a la interposición de la solicitud, la Corte de Constitucionalidad decretará la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general, toda vez sea notoria la amenaza de causar daños. En caso de suspensión se publicará en el Diario Oficial al día siguiente. Decretada o no la suspensión se programará audiencia con un plazo común de quince días para el Ministerio Público o cualquier otra autoridad que ayude al esclarecimiento del tema. Transcurrido el plazo la Corte de Constitucionalidad señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días.

La sentencia deberá ser pronunciada dentro de los veinte días siguientes del día de la vista; no pudiendo durar más de dos meses todo el trámite. La Corte de Constitucionalidad publicará el fallo en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes de quedar firme la sentencia.



4.2.6. Efectos

Dictada la resolución de inconstitucionalidad por el tribunal, la ley, reglamento o disposición es quitada de en medio para todos los efectos, del mismo modo como si se hubiere abrogado por una ley posterior. Los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad son “ex nunc o pro futuro”; es decir, que las sentencias no tienen efectos retroactivos, el vicio de inconstitucionalidad de la ley no es propiamente un vicio que genere la nulidad de pleno derecho de este último, sino constitutivo de una simple anulabilidad.

Por ejemplo, pudiera suceder que determinada persona haya cobrado una pensión fundada en una ley que posteriormente se declara inconstitucional; en este caso y en consideración de los derechos adquiridos de buena fe y en términos generales, por razones de seguridad jurídica, las sentencias de anulación pueden graduar o dimensionar, en el espacio, el tiempo y la materia; los efectos retroactivos.

Hans Kelsen fundador de la teoría de la supremacía constitucional compara al tribunal constitucional como un legislador negativo; en virtud que es el encargado de eliminar las leyes que no son compatibles con la Constitución.



4.2.7. Inconstitucionalidad por omisión y cosa juzgada

El Congreso de la República de Guatemala, por medio de sus diputados constituye el órgano de mayor valor democrático por medio de su representatividad. Sin embargo, este órgano se encuentra sometido a la Constitución Política que lo creó. Por lo tanto, el legislador no es libre de elegir si legisla o no, en virtud que podría tener consecuencias contrarias a la misma Constitución, ya sea de manera relativa, porque una ley ya vigente contiene omisiones o de manera absoluta, cuando se está ante una ausencia total de ley.

En relación a la inconstitucionalidad por cosa juzgada el Artículo 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece en su parte conducente: "Las resoluciones en caso que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general sólo causan efecto de cosa juzgada con respecto al caso concreto en que fueron dictadas, pero también tienen efectos jurisprudenciales." Es decir, que dicha resolución deberá ser tomada en cuenta para futuras decisiones.

Por otro lado, como contra las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad no cabe recurso alguno, al tenor del Artículo 142 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se convierten en cosa juzgada; misma que puede ser material o formal.



La material, establece la imposibilidad de plantear nuevo proceso sobre el mismo asunto, debido a que sería ilógico plantear una inconstitucionalidad sobre una ley que ha sido declarada inconstitucional. La formal, se distingue en aquellos procesos que han sido declarados con sentencias desestimatorias; en virtud que la ley sigue vigente y puede volverse a impugnar por otros o los mismos motivos, pudiéndose eventualmente declarar inconstitucional por la propia Corte de Constitucionalidad razonando la innovación de su jurisprudencia.

El control constitucional de las leyes en Guatemala es un sistema mixto, en virtud que la inconstitucionalidad puede ser declarada en casos concretos por un juez jurisdiccional o bien puede ser declarada la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general por la Corte de Constitucionalidad. En ambos casos con fundamento en la supremacía constitucional de Kelsen. En el siguiente capítulo se desarrolla la inconstitucionalidad de una norma de carácter general, procurando establecer los principales argumentos para su declaración.



CAPÍTULO V

5. Inconstitucionalidad en la prescripción de cuentas bancarias inactivas a favor del Fondo de Protección para el Ahorro establecido en el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

El proyecto de reforma a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, se presentó con el número de registro 4073 al Congreso de la República de Guatemala; reforma que incluía también modificaciones a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, entre otras. Habiendo obtenido dictamen favorable por parte de la Junta Monetaria y el Ministerio de Economía.

La reforma se introdujo con el fin de fortalecer la supervisión financiera, mejorar la regulación prudencial, promover la disciplina de mercado y reforzar los mecanismos de resolución bancaria; la cual entró en vigencia por medio del Decreto 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala el 1 de abril de 2013.

Específicamente, el Artículo 4 del Decreto 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala establece: “Las cuentas de depósitos monetarios y de ahorro, en moneda nacional, con saldos menores a Q1,000.00 y las cuentas de depósitos monetarios y de ahorro en moneda extranjera, con saldos menores a US\$125.00, que durante un



período de 10 años permanezcan inactivas, excepto las que se encuentren condicionadas por el cuentahabiente o limitadas contractualmente o restringidas por autoridad competente, prescribirán, de pleno derecho, junto con los intereses que hubieren devengado, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, aspecto que el banco deberá hacer del conocimiento de los cuentahabientes por los medios que estime convenientes.

Se entenderá que una cuenta ha permanecido inactiva cuando su titular no haya efectuado transacciones de depósito o retiro en el plazo indicado. El traslado del saldo de las cuentas a que se refiere el párrafo primero de este artículo al Fondo para la Protección del Ahorro se hará dentro del mes siguiente al del vencimiento de los 10 años mencionados.”

Derivado de los casos de suspensión de operaciones del Banco del Café, Sociedad Anónima y del Banco del Comercio, Sociedad Anónima; el Estado de Guatemala en aras de propiciar un sistema bancario o financiero nacional sano y cuando se diera el caso; prever la salida ordenada de las entidades financieras con el fin de proteger el ahorro; creó el Fondo para la Protección del Ahorro por su siglas FOPA. En lo relativo a las fuentes de financiamiento del FOPA, al 28 de febrero de 2009, el aporte más importante lo ha dado el Estado con una participación del 60%; mientras que los bancos del sistema han aportado el 22%. No obstante en 2009, el FOPA contaba con disponibilidades e inversiones por aproximadamente Q. 930 millones.



La reforma bancaria del 2012 tuvo como consecuencia legal para los cuentahabientes; que perderían sus saldos bajo la figura de la prescripción de pleno derecho; sin tomar en cuenta que el derecho de propiedad es imprescriptible, por definición. La confusión legal es notoria al contradecirse la norma constitucional con la norma ordinaria, en virtud que, el Estado debe fomentar el ahorro y protegerlo; sin embargo, el despojo de los saldos inactivos en las cuentas bancarias de los particulares a favor de una institución administrada por el mismo Estado; no equivale a los fines del Estado guatemalteco.

Cabe notar que las cuentas bancarias están establecidas como una relación jurídico-mercantil, a través de los contratos de depósitos bancarios irregulares; por lo tanto, se deben tomar en cuenta los principios de la contratación mercantil, que involucran la verdad sabida y la buena fe guardada; a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin interpretaciones arbitrarias.

5.1. Vicios de inconstitucionalidad

La Constitución Política de la República de Guatemala otorga en forma universal los derechos contenidos en su texto; desde este punto de partida no se puede dar tratamiento diferenciado a los enunciados legales; incluyendo los principios de igualdad, protección a la propiedad privada, legalidad, irretroactividad de la ley. En este apartado se estudian las motivaciones que dan origen a la inconstitucionalidad de la reforma bancaria en relación a la prescripción de las cuentas inactivas.



5.1.1. Igualdad

El Diccionario de la Real Academia Española define que igualdad deviene del latín “aequalitas” que significa: “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma o calidad, ante la ley constituye un principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”.²⁷

Desde una perspectiva filosófica/económica se puede definir la igualdad en dos modos distintos. “La primera es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad se determina por medio del tamaño de la riqueza o ingresos de las personas. La segunda definición se determina por la cantidad de bienestar de las personas, determinado por la cantidad de recursos de que dispone cada individuo para la realización de sus fines”.²⁸

En base a estas definiciones, se puede decir que una sociedad anónima especial constituida por un banco, no puede determinar si las cantidades de dinero depositadas por sus cuentahabientes constituyen o no el monto total de sus riquezas y bienestar. Por lo tanto, no puede hacer un trato diferencial entre sus depositantes, sin caer en la discriminación por posición económica.

²⁷ <http://www.rae.es/consultas-linguisticas>, (Guatemala, 2 de septiembre de 2013)

²⁸ <http://www.filosofia.org/enc/ros/filos.htm>, (Guatemala, 25 de septiembre de 2013)



La igualdad desde la perspectiva jurídica, constituye un principio reconocido a nivel constitucional; el Artículo 4 de la Ley Fundamental establece: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades ...”

El texto legal transcrito en el párrafo anterior requiere una interpretación extensiva importante; así: La igualdad designa un concepto lógico, no una cualidad de una persona, objeto o de una situación; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. La igualdad es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial o temporal.

Entendida esta explicación desde la fórmula de Aristóteles: “La justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, que no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no pueden ser por carecer de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria”.²⁹

Si se tomara en cuenta la igualdad en los depósitos bancarios, todos los cuentahabientes tendrían que aportar por igual al Fondo para la Protección de los Ahorros; en caso de una falta de liquidez de su banco, pues los saldos prescritos serían el seguro para los depósitos vigentes.

²⁹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Bioética> ,(Guatemala, 20 de septiembre de 2013).



La teoría jurídica contemporánea estudia el principio de igualdad desde dos subconceptos. El primero: La igualdad en la aplicación de la ley, el cual consiste en el mandato de un trato igual referido a las autoridades encargadas de aplicar la ley. El segundo: La igualdad ante la ley, que consiste en un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables para personas que se encuentran en la misma situación o para que no regule de la misma manera para personas que se encuentran en circunstancias desiguales.³⁰

La prescripción de las cuentas bancarias inactivas concuerda con el segundo subconcepto de igualdad; en virtud que se legisló de igual manera para todos aquellos cuentahabientes que se encuentran en la misma relación de tiempo y condición. No así en la aplicación de una igualdad sustancial, en virtud que el ordenamiento legal trata por igual a los de la misma condición; por lo tanto, literalmente los que tienen saldos menores a Q1, 000.00 o saldos menores a US\$125.00, que durante un período de 10 años permanezcan inactivos son colocados en una situación desigual en relación a los otros cuentahabientes; los cuales fueron adheridos en iguales condiciones. De lo anterior se deduce que el Congreso de la República de Guatemala no legisló en base al principio de igualdad.

³⁰ http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/11_Dout_Estrangeira_3.pdf, (Guatemala, 20 de febrero de 2014)



5.1.2. Propiedad privada

El derecho de propiedad privada se encuentra garantizado en el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala; el que establece: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.”

Al tenor del artículo transcrito la Carta Magna establece el derecho de propiedad y regula que las personas podrán disponer de sus bienes.

La propiedad es sinónimo de bienes ya sean estos bienes muebles o inmuebles. Para el efecto el Código Civil, en el libro segundo titulado de los bienes, de la propiedad y demás derechos reales, en el Artículo 451 enumera los bienes muebles; entre los cuales se encuentran los derechos de crédito referentes a muebles, dinero o servicios personales. Por lo tanto, los depósitos bancarios son bienes muebles.

El derecho de propiedad ya sea de índole material o no, constituye la facultad de gozar y disponer ampliamente de una cosa. El Artículo 462 del Código Civil establece el contenido del derecho de propiedad: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer



de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes.”

No obstante, por medio de la reforma bancaria el derecho de propiedad de los depósitos bancarios se encuentra legalmente limitado; pues, hay que recordar que el contrato de depósito bancario es el realizado con una entidad bancaria y tiene por objeto encargar a ésta la custodia de ciertos bienes muebles; como monedas, billetes, títulos y otros valores, con encargo de devolución al momento que sea solicitado.

Por lo tanto, la reforma a la ley bancaria que se estudia, constituye un abuso de derecho y mala fe, pues se tergiversan las atribuciones convenidas en el contrato de depósito bancario. Por lo que el propietario tiene derecho a defender su propiedad por los medios legales y de no ser perturbado de ella, sin antes haber sido citado, oído y vencido en juicio, lo que en doctrina se llama derecho de exclusión.

Además, el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, no estableció el procedimiento por el cual los cuentahabientes han de ser notificados de la prescripción de la cuenta bancaria; por lo que no hay certeza jurídica en el principio de defensa y publicidad.

5.1.3. Irretroactividad de la ley

La retroactividad consiste en la traslación de la aplicación de una norma jurídica creada en determinado momento, a uno anterior al de su creación; existe cuando la nueva



disposición legal vuelve al pasado para apreciar condiciones de legalidad de un acto o para modificar sus efectos de un derecho plenamente realizado.

La irretroactividad de la ley es un principio elemental de la legislación guatemalteca, que significa que la ley no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos sólo operan después de la fecha de su promulgación. Las razones de la irretroactividad de la ley se fundamentan en la estabilidad del ordenamiento jurídico. Las personas tienen confianza y conocimiento de la ley vigente y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Por lo tanto, dar retroactividad a la ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene de las normas jurídicas.

El Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.” La regla general es que la ley es de aplicación inmediata y que rige para el futuro a partir de su promulgación, no pudiendo ser aplicada al pasado.

Asimismo, el Artículo 7 de la Ley del Organismo Judicial, establece que: “La ley no tiene efecto retroactivo ni modifica derechos adquiridos.”

Los derechos adquiridos existen cuando se consolida una facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una persona; por lo anterior, el principio de irretroactividad sólo es aplicable a los derechos ya consolidados, asumidos plenamente,



a las relaciones jurídicas consagradas no a las expectativas de derechos. Como es el caso de los contratos de depósitos bancarios perfeccionados hace más de una década por los cuentahabientes y los bancos del sistema; en virtud, que no se había pactado una posible prescripción de la cuenta bancaria y por la obligación adquirida por los bancos de generar intereses por dichos depósitos, lo que constituye un derecho adquirido por los cuentahabientes.

Por otro lado, la reforma a la ley bancaria establece una irretroactividad de la ley, al generar consecuencias jurídicas económicas de contratos perfeccionados en el pasado, lo cual es una prohibición constitucional.

5.1.4. Protección del ahorro

El ahorro es la diferencia entre el ingreso disponible y el consumo efectuado por una persona, una familia, una empresa, etc. El ahorrar establece una reserva para el futuro, se puede prever la autosuficiencia económica para conformar un capital, que por pequeño que sea, cubrirá compromisos futuros.

Debido a la importancia que tiene el ahorro como factor determinante para el desarrollo económico de la persona y su familia, que a su vez es elemento coadyuvante en la consecución del bienestar general de la población; se plasman las siguientes premisas:



- a) Que el ahorro ha sido considerado como una necesidad social, profundamente arraigada en la vida de la colectividad, haciendo que su protección y fortalecimiento sean imprescindibles para el desenvolvimiento y crecimiento adecuado de la economía; consecuencias que obligan al Estado a propiciar y velar por una sana, honesta y capaz administración del patrimonio de los bancos, pues la liquidación o quiebra de uno de estos, en los que por lo común el público ha depositado su confianza, puede conllevar reacciones en cadena y provocar pánico en el sistema financiero y de pagos; sin menoscabo de otra serie de negativas repercusiones para el desarrollo integral del país y; consecuentemente, para el bienestar general de la población, que es uno de los fines por los que propugna el Estado moderno.
- b) Una de las obligaciones fundamentales del Estado, al tenor de lo prescrito por el inciso k) del Artículo 119 de la Ley Fundamental, es proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión. Por ser ésta una norma de carácter programático, los legisladores pueden emitir leyes que contengan las medidas que, sin infringir preceptos fundamentales, promuevan, por medio de los órganos administrativos competentes, el cumplimiento de aquella obligación.
- c) Como los bancos reciben capitales ajenos de toda la población, principalmente a través del ahorro y la inversión, las autoridades bancarias deben tomar acciones para que, dentro del marco de una economía de mercado, prevista en el Artículo 130 de la Ley Fundamental, que establece en su parte conducente: "... El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a



restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores,” se asegure en lo posible que esos capitales sean restituidos cuando lo requieran sus dueños.

- d) Que debido a que los bancos manejan fondos de los particulares, el Estado ejerce un control específico en dicha actividad. Por ello, tales instituciones se rigen por leyes especiales y las normas del derecho común sólo les son aplicables supletoriamente, tal como lo regula el Artículo 12 del Código de Comercio de Guatemala. En el sistema guatemalteco la normativa especial tiene su base y deriva de la propia Constitución Política y se desarrolla en leyes ordinarias como la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Ley Monetaria, Ley de Bancos, Ley de Sociedades Financieras Privadas, Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Ley para la Protección del Ahorro y; diversos reglamentos y resoluciones emitidos principalmente por la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos.
- e) Que en la protección del ahorro se aprecia la manifiesta intención del constituyente y del legislador ordinario de hacer prevalecer el interés social sobre el interés particular; prevalencia reconocida en los Artículos 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 22 de la Ley del Organismo Judicial.

La contratación mercantil tiene como característica la falta de formalismo y la buena fe, en virtud de la agilidad de los contratos entre los comerciantes. La banca en Guatemala está diseñada a nivel constitucional como un sistema centralizado, dirigido por la Junta Monetaria y supervisada por la Superintendencia de Bancos. Este último ente es el encargado de dar visto bueno a las operaciones bancarias; dando formalidad a los



contratos mercantiles realizados por los bancos, esto debido a la importancia del capital ahorrado por los cuentahabientes y su función en la economía nacional.

Sin embargo, en ocasiones el Estado de Guatemala legisla contrariamente a la filosofía de la jerarquía constitucional, plasmada en la Constitución Política de la República de Guatemala, dando como resultado la nulidad de las leyes o disposiciones de cualquier orden que disminuyan los derechos garantizados en la Ley Fundamental.

Por lo tanto, se concluye que la reciente reforma a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, contradice el derecho de igualdad, protección a la propiedad, irretroactividad de la ley y la protección del ahorro, que constituyen los fines del Estado.

En base a lo anterior debe analizarse la acción de inconstitucionalidad en la prescripción de las cuentas bancarias inactivas; por violarse derechos como el de igualdad, y el de la propiedad, el cumplimiento del Estado de proteger el ahorro y; por la irretroactividad de ley en la reforma.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Recientemente se adicionó el Artículo 41 Ter a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, mediante el cual las cuentas de depósitos monetarios y de ahorro sean en moneda nacional o extranjera, con saldos menores a Q1,000.00 o US\$125.00 que hayan permanecido inactivas durante 10 años; prescribirán de pleno derecho junto con los intereses devengados, a favor del Fondo para la Protección del Ahorro –FOPA-. Lo anterior se reguló no obstante que las cuentas bancarias están establecidas como una relación jurídico mercantil a través de los contratos de depósitos bancarios; en los cuales no se estableció la cláusula de prescripción de la propiedad del bien fungible dado en depósito; violentándose así el derecho a la libre disposición de la propiedad privada, además hay incumplimiento de dichos contratos.

Por otra parte, el Estado de Guatemala tiene el deber constitucional de proteger el capital, la inversión y el ahorro de los guatemaltecos o cuentahabientes; y el Artículo 41 Ter de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en lugar de proteger los derechos de los cuentahabientes los anula totalmente; en virtud que el depositario es despojado de su capital y derecho adquirido de intereses devengados.

Por lo tanto, el artículo referido es nulo ipso jure por disminuir y tergiversar el derecho constitucional de protección al derecho de propiedad y protección a la formación de capital, el ahorro y la inversión; y por lo mismo debe ser declarado inconstitucional en defensa del principio de legalidad y de los derechos adquiridos por los cuentahabientes



guatemaltecos; pues en lugar de fomentar el ahorro y utilización de los bancos, se está obligando a las personas a utilizar otros sistemas en el manejo de sus economías, lo que es perjudicial para el sistema financiero de Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE RAMOS, Carlos Enrique. **Apuntes de derecho procesal constitucional**. Guatemala: (s.e) (s.l.i), (s.f.).

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 19ª. ed. Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2008.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La defensa de la Constitución**. Ed. Universitaria, 1983.

http://es.wikipedia.org/wiki/Control_de_constitucionalidad. (Guatemala, 21 de julio de 2013).

<http://lema.rae.es/drae/?val=banco>. (Guatemala, 28 de febrero de 2014).

<http://lema.rae.es/drae/?val=contrato>. (Guatemala, 28 de febrero de 2014).

<http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica&e=93208>. (Guatemala, 10 de mayo de 2014).

<http://www.banguat.gob.gt/publica/banca/051200611/004.pdf>. (Guatemala, 15 de abril de 2014).



http://www.banguat.gob.gt/Publica/doctos/segurodep_fopa.pdf. (Guatemala, 16 Abril de 2014).

<http://www.banguat.gob.gt/publica/prensa/verdiap.asp?id=/publica/libritos/banguatpolmone/&max=31>. (Guatemala, 18 de julio de 2013).

<http://www.cc.gob.gt/DocumentosCC/Capacitaciones/cursoactualizacion/inconstitucionalidadencasoconcreto.pdf>. (Guatemala, 15 de agosto de 2013).

<https://es.wikipedia.org/wiki/banco>. (Guatemala, 19 de junio de 2013).

http://es.wikipedia.org/wiki/Banca_de_reserva_fraccional, (Guatemala, 7 de agosto de 2013)

http://enciclopedia.us.es/index.php/Leyes_de_Roma. (Guatemala 15 de noviembre de 2013)

<http://www.rae.es/consultas-linguisticas>, (Guatemala, 2 de septiembre de 2013)

<http://www.filosofia.org/enc/ros/filos.htm>,(Guatemala, 25 de septiembre de 2013)

<http://es.wikipedia.org/wiki/Bioética> ,(Guatemala, 20 de septiembre de 2013).

http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/11_Dout_Estrangeira_3.pdf,(Guatemala, 20 de febrero de 2014)



PINEDA SANDOVAL, Melvin. **Derecho mercantil**. 5ª ed. Guatemala: Ed. Serviprensa, S. A, 2006.

RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Derecho de las obligaciones III**. Guatemala: Ed. Fénix, 2002.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 5ª ed. Tomo III. Guatemala: Ed. Universitaria, 2002.

Legislación:

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

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente, Decreto número 1-86, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

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

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

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



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

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

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