

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

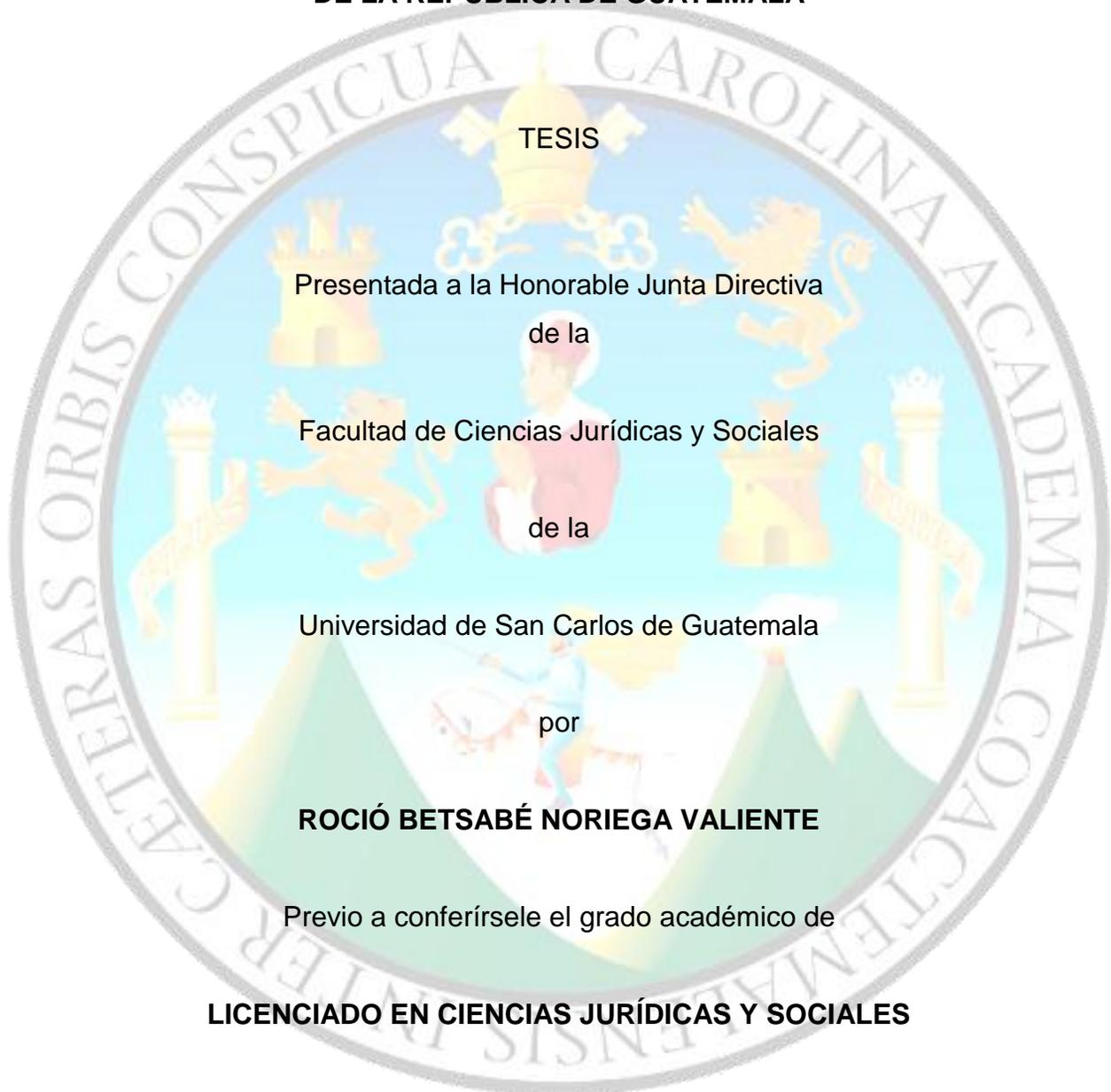
**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 26-2012, DEL CONGRESO  
DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**ROCIÓ BETSABÉ NORIEGA VALIENTE**

**GUATEMALA, JULIO DE 2015**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 26-2012, 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

**ROCIÓ BETSABÉ NORIEGA VALIENTE**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, julio de 2015

**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. 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. Daniel Mauricio Tejeda Aystas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Víctor Manuel Soto Salazar
Vocal:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario:	Licda. Carmen Patricia Muñoz Flores

**Segunda Fase:**

Presidente:	Licda. Luisa María de León Santizo
Vocal:	Lic. Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez
Secretaria:	Lic. Rudy Genaro Cotóm Canastuj

**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).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 15 de noviembre de 2013.

Atentamente pase al (a) Profesional, **HÉCTOR DAVID ESPAÑA PINETTA**  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
 \_\_\_\_\_ **ROCÍO BETSABÉ NORIEGA VALIENTE** \_\_\_\_\_ con carné \_\_\_\_\_ **200510834**  
 intitulado **ANÁLISIS JURIDICO DEL ARTICULO 4 DEL DECRETO 26-2012. 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 parente 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 **20 / 11 / 2015** (1)

Asesor(a)  
**Héctor David España Pinetta**  
 ABOGADO Y NOTARIO





Hector David España Pinetta  
Colegiado No. 2802



Guatemala, 15 de abril de 2015.

Doctor  
Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Procedí a realizar el análisis como asesor del trabajo de tesis intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 26-2012, DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA" que presenta la bachiller Roció Betsabé Noriega Valiente, en virtud del nombramiento recaído en mi persona dictamino lo siguiente:

I) El informe final de investigación de tesis ha sido indagado, conforme las sugerencias resultantes de su estudio y análisis, por lo que el presente trabajo de tesis posee un contenido científico y técnico que permite evidenciar de manera justificada la congruencia de los distintos capítulos, especialmente los que se relacionan con el análisis del jurídico al entrar en vigencia la citada norma, que es inconstitucional ya que el Estado estaría expropiando expresamente el patrimonio de los cuentahabientes.

II) Al analizar el trabajo de tesis, logré establecer que en el contenido se ha desarrollado adecuadamente los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo y las técnicas de la investigación bibliográfica y documental, lo cual se ve claramente reflejado en la conclusión discursiva, así como en la bibliografía que utilizó para elaborar su informe final de tesis.

III) En la redacción del trabajo de tesis, desde mi punto de vista, dictamino que se ha aplicado correctamente las técnicas gramaticales de ortografía y redacción, utilizando términos sencillos y propios del idioma español, así como términos jurídicos apropiados al tema. El informe final del trabajo de investigación de tesis se encuentra acorde al tecnicismo gramatical propio del lenguaje del idioma español.

IV) La investigación de tesis analizada proporciona conocimientos científicos, jurídicos y sociales a partir de la problemática planteada, se estima que el tema es de mucha relevancia para nuestra sociedad ya que se trata pues evidenciar que con la vigencia del artículo objeto de la presente investigación, se está vulnerando el derecho a la propiedad privada ya que esta solo puede ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobado, debiéndose sujetar esta a un procedimiento legal.



Héctor David España Pinetta  
Colegiado No. 2802



V) Al analizar la conclusión discursiva del informe final, destaca que fue desarrollada y redactada en forma clara, sencilla y profunda para esclarecer el fondo del problema investigado en congruencia con el trabajo desarrollado de investigación de tesis.

VI) Opino que se ha hecho la recolección bibliográfica adecuadamente, que brinda la posibilidad de ser consultada y confirmada con la bibliografía del informe final.

VII) Declaro expresamente que no soy pariente dentro de los grados de ley de la bachiller, Roció Betsabé Noriega Valiente.

Debido a lo anterior expuesto, emito DICTAMEN FAVORABLE, en virtud de que el trabajo de tesis de mérito cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser sometido a la revisión del señor consejero de comisión y estilo y continuar con el trámite de rigor.

Atentamente,

*Héctor David España Pinetta*  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
Lic. Héctor David España Pinetta  
Asesor de Tesis  
Colegiado Número 2802



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 18 de junio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ROCÍO BETSABÉ NORIEGA VALIENTE, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 26-2012, 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.



Lic. Avdán Ortiz Orellana  
**DECANO**



## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme permitido cumplir la meta con la que siempre soñé. A ti sea la gloria y la honra.
- A MIS PADRES:** Gregorio Arnoldo Noriega Marroquin (Q.E.P.D.) y Violeta Valiente Somoza, gracias por sus sacrificios y esfuerzos, por haberme formado con principios y valores fundamentales para mi vida que harán que me desarrolle como una profesional, en todo el sentido de la palabra. Desde el cielo sé que estas orgulloso de mi y madre este triunfo es por ti y para ti.
- A MI ABUELA:** Carmen Guadalupe Somoza Estrada, gracias por ser la guía en mi camino y un pilar de mi vida, la luz que me ilumina.
- A MI HERMANA:** Carmen María, por ser mi apoyo incondicional, no pude haber tenido una mejor hermana.
- A MIS TÍOS:** Kerin, Eduardo, Maynor, Irma, Amalia y Olga por su cariño y apoyo.
- A MIS PRIMOS:** José, Juan, Paulo, Daniel, Amy, Maynor, Moisés y Andrea por su amistad y cariño.
- ESPECIALMENTE A:** Estuardo Gonzalez, gracias por el impulso que me diste y por haberme demostrado que confías en mí.
- A MIS PADRINOS:** Lic. Eduardo Florencio Valiente Somoza, Licda. Glenda Claribel Corado Beloso y Lic. Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez, por ser un ejemplo a seguir y por el apoyo durante la culminación de la meta alcanzada.

**A MI ALMA MATER:**

Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por los conocimientos adquiridos y hacer de mi una profesional del Derecho.

## **PRESENTACIÓN**

Una cuenta de ahorro es un contrato firmado entre una persona y una entidad bancaria y por el que dicha persona deposita en el banco, importes en efectivo que conforman un saldo a su favor del que puede disponer de forma inmediata y el banco se constituye en el guardador responsable de lo depositado. Sin embargo, con la vigencia del Decreto 26-2012, se establece que las cuentas bancarias y de ahorro inactivas con un monto menor a un mil quetzales y sin movimiento durante un período de diez años, prescribirán de pleno derecho, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, lo cual de forma arbitraria e inconstitucional afecta los derechos de los cuentahabientes.

El estudio fue realizado mediante una investigación analítica de la aplicación del Decreto 26-2012 que contiene reformas a la Ley de Bancos y Grupos Financieros y la vulneración a los derechos de propiedad y del debido proceso que la aplicación del Artículo 4 de ese cuerpo legal provoca al expropiar de su patrimonio a los cuentahabientes que en este caso lo constituyen sus ahorros en una entidad bancaria.

Por pertenecer al campo de la gnoseología jurídica y explicar la problemática planteada y su comprobación, se tomó como base para el desarrollo de la presente investigación los aportes doctrinarios y legales respecto a los derechos individuales y la aplicación del Decreto 26-2012, durante el período comprendido del año 2012 al 2014.

El objetivo del presente estudio fue exponer y demostrar la vulneración a los derechos constitucionales derivados de la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012, proponiendo el proyecto de inconstitucionalidad de ley de carácter general, que permita una solución a la problemática y fortalecer la seguridad jurídica.

## **HIPÓTESIS**

La hipótesis se fundamenta en el problema que presenta la existencia de una vulneración del derecho de propiedad privada y del debido proceso en la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012, en la cual establece que las cuentas bancarias y de ahorro inactivas con un monto menor a un mil quetzales y sin movimiento durante un periodo de diez años, prescribirán de pleno derecho, junto con los intereses que hubieren devengado, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, lo cual de forma inconstitucional afecta los derechos de los guatemaltecos.

## **COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

Luego de analizar el Decreto número 26-2012, se pudo comprobar la hipótesis; en virtud que la aplicación del Artículo 4 de ese cuerpo legal, que establece que las cuentas bancarias y de ahorro inactivas con un monto menor a un mil quetzales y sin movimiento durante un período de diez años, prescribirán de pleno derecho, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, vulnera de forma arbitraria e inconstitucional los derechos de los cuentahabientes.

Lo anterior ha ocasionado un vacío legal en el cual la seguridad jurídica de las personas ha sido vulnerada y el Estado no cumple con su deber de garantizarla, como tampoco puede garantizar con esta disposición el derecho a la justicia, el derecho a la seguridad, el derecho a la paz, el derecho a la libertad y el derecho al desarrollo integral de la persona, pues al disfrazar de prescripción de pleno derecho algo que le pertenece a un guatemalteco de forma objetiva está llevando a cabo una expropiación del dinero depositado en las cuentas de ahorro en los bancos del sistema, sin cumplir con el debido proceso que la legislación nacional establece.

La vigencia y aplicación del Artículo 4 del Decreto 26-2012, vulnera a todas luces los derechos constitucionales de los guatemaltecos, afectando específicamente el derecho a la propiedad privada, la protección que la constitución política ordena que el Estado debe brindarle y el derecho al debido proceso, pues de manera injusta y sin oportunidad de ejercer su defensa las personas son expropiadas de tales bienes económicos. Por lo anterior, se propone en esta tesis la modificación de la normativa e incluso la acción de inconstitucionalidad, como una alternativa de solución a la problemática planteada y para proteger y prevenir la vulneración los derechos individuales de las personas.

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	I

### CAPÍTULO I

1. Las cuentas de depósito bancario.....	1
1.1. Desarrollo histórico de las cuentas de depósito bancario.....	1
1.2. Definición de cuentas de depósito bancario.....	5
1.3. Teorías que explican las cuentas de depósito bancario.....	11
1.3.1. Teoría austríaca del ciclo económico.....	11
1.3.2. Teoría bancaria de la Escuela de Salamanca.....	12
1.4. Naturaleza jurídica de las cuentas de depósito bancario.....	14
1.5. Características de las cuentas bancarias.....	15
1.6. Características del contrato de cuenta corriente.....	17
1.7. Elementos de los contratos bancarios.....	18
1.7.1. Intuitaepersonae.....	18
1.7.2. Depositante.....	19
1.7.3. Banco.....	19
1.8. Clases de cuentas bancarias.....	20
1.8.1. Cuentas corrientes.....	20
1.8.2. Cuentas remuneradas.....	21
1.8.3. Cuentas nómina.....	22

	<b>Pág.</b>
1.8.4. Cuentas vivienda.....	22
1.8.5. Cuentas de ahorro.....	23
1.8.6. Cuentas de ahorro corriente.....	24
1.8.7. Cuentas de depósito a plazo fijo.....	24
1.9. Análisis jurídico en derecho comparado de las cuentas bancarias.....	25
1.10. El dinero como bien mueble.....	26
1.10.1. Evolución histórica del dinero.....	26
1.10.2. Definición de dinero.....	30

## **CAPÍTULO II**

2. La propiedad privada y las cuentas de depósito bancario.....	33
2.1. Definición de bienes muebles.....	33
2.1.1. Clasificación de los bienes muebles.....	35
2.1.2. Bienes de dominio público.....	36
2.2. Definición de propiedad privada.....	38
2.3. Características de la propiedad privada.....	40
2.4. Elementos de la propiedad privada.....	43
2.5. Creación del Fondo para la Protección del Ahorro.....	44
2.5.1. Cuotas de los bancos.....	45
2.5.2. Aportes del Estado.....	45
2.5.3. Desarrollo del Fondo para la Protección del Ahorro.....	46
2.5.4. Procedimiento de pago.....	48
2.5.5. Junta de exclusión de activos y pasivos.....	49

	<b>Pág.</b>
2.6. Ley de Supervisión Financiera.....	50
2.6.1. Fortalecimiento del Fondo para la Protección del Ahorro.....	51
2.6.2. Encaje bancario.....	54
2.6.3. Definición del encaje bancario.....	55
2.6.4. Porcentajes utilizados en el cálculo de encaje.....	56
2.6.5. Cuentas afectas al encaje bancario.....	57
2.6.6. Calculo del encaje bancario.....	57
2.6.7. Operaciones especiales del encaje.....	59

### **CAPÍTULO III**

3. Garantías constitucionales vulneradas e incidencias negativas.....	63
3.1. Garantía constitucional de la propiedad privada.....	63
3.2. Garantía constitucional del debido proceso.....	65
3.2.1. Origen y antecedentes del debido proceso .....	65
3.2.2. Definición del debido proceso .....	69
3.2.3. Análisis histórico de los elementos del debido proceso.....	71
3.2.4. Derecho al debido proceso.....	74
3.2.5. Derecho de petición.....	74
3.2.6. Derecho al juez predeterminado por ley.....	75
3.2.7. Garantías que se deben observar en el debido proceso.....	78
3.3. Garantías constitucionales.....	80

	<b>Pág.</b>
3.4. Aplicación de la institución de prescripción de pleno derecho.....	81
3.5. Imposición al cuentahabiente de fortalecer el Fondo para la Protección del Ahorro.....	85

## **CAPÍTULO IV**

4. Análisis jurídico del Artículo 4 del Decreto 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala.....	89
4.1. Efectos y consecuencias inconstitucionales de la aplicación del Artículo 4 del Decreto 26-2012.....	89
4.2. De las instituciones que se les debe dar intervención dentro de la presente acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial .....	92
4.2.1. Congreso de República de Guatemala.....	93
4.2.2. Banco de Guatemala .....	96
4.2.3. Superintendencia de Bancos.....	98
4.2.4. Asociación Bancaria de Guatemala.....	99
4.3. Propuesta del proyecto de acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general.....	102
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>117</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>119</b>

## INTRODUCCIÓN

El tema analizado se eligió debido a la importancia que en la actualidad tiene la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012, en la cual establece que las cuentas bancarias y de ahorro inactivas con un monto menor a un mil quetzales y sin movimiento durante un período de diez años, prescribirán de pleno derecho, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, lo cual de forma inconstitucional afecta los derechos de los cuentahabientes, en una forma arbitraria de despojo de su patrimonio.

En Guatemala se encuentra legislada la protección a la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana y una garantía constitucional, el Estado debe crear las condiciones que permitan a los habitantes gozar de su derecho a la propiedad, la cual solo puede ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, debidamente comprobadas y tal expropiación debe sujetarse a los procedimientos legales previamente establecidos; tales derechos con la aplicación del Decreto número 26-2012 son violentados de forma indebida.

La hipótesis se comprobó, ya que la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012, que establece que las cuentas bancarias y de ahorro inactivas con un monto menor a un mil quetzales y sin movimiento durante un período de diez años, prescribirán de pleno derecho, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, vulnera de forma arbitraria e inconstitucional los derechos y garantías constitucionales de los cuentahabientes, afectando la seguridad jurídica de los guatemaltecos.

Derivado de lo anterior se cumplieron los objetivos esperados, ya que se demostró la vulneración a los derechos y garantías constitucionales derivada de la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012; proponiendo alternativas de solución a la problemática planteada en beneficio de la sociedad y de los propios cuentahabientes; entre las cuales se puede mencionar principalmente: el proyecto de acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general, que fortalecer la seguridad jurídica, no solo para los afectados, sino para todos los habitantes del país.

La tesis contiene cuatro capítulos de la siguiente forma: en el capítulo uno se desarrolla el tema de cuentas de depósito bancario, definición, naturaleza, características, elementos, clasificación, contratos jurídicos relacionados y definición del dinero; el capítulo dos contiene el desarrollo de las cuentas de depósito bancario, la definición propiedad privada, el fondo para la protección del ahorro y la supervisión financiera; en el capítulo tres se realiza un análisis de las garantías constitucionales vulneradas e incidencias negativas, garantías constitucionales, garantía del debido proceso, la prescripción de pleno derecho, las imposiciones al cuentahabiente; y por último en el capítulo cuatro se realiza un análisis jurídico del Artículo 4 del Decreto 26-2012, señalando las instituciones a las que se les debe dar intervención, además, la propuesta de la acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general correspondiente.

La metodología de investigación consistió en el uso de los siguientes métodos: el analítico para estudiar los derechos individuales y su regulación legal; el deductivo para determinar la forma en la cual se observan y protegen los derechos de las personas para prevenir su vulneración; el inductivo y el sintético para elaborar el marco teórico y el informe que fundamenta propuestas. Para la recolección de la información y análisis de la misma se utilizó la técnica bibliográfica documental.

Esperando que la información contenida en la tesis pueda contribuir al mejoramiento de la seguridad jurídica en beneficio del sistema jurídico y de la protección de los derechos de las personas que utilizan las entidades bancarias para resguardar su dinero en Guatemala.

# CAPÍTULO I

## 1. Las cuentas de depósito bancario

En el presente capítulo se desarrolla el tema de las cuentas de depósito bancario, su desarrollo histórico, definición, naturaleza jurídica, teorías que lo explican, características, elementos y su clasificación, con el objeto de crear un marco doctrinario que permita fortalecer y fundamentar el estudio.

### 1.1. Desarrollo histórico de las cuentas de depósito bancario

El significado de banco, “se deriva de la palabra griega trápeza que significa literalmente mesa, en un contexto financiero, se refería en la antigüedad a la actividad que realizaban los cambistas, y se refería al mostrador que utilizaban para la transacción de dinero”<sup>1</sup>. “El nombre banco deriva de la palabra italiana banco, escritorio, utilizada durante el Renacimiento por los banqueros judíos florentinos quienes hacían sus transacciones sobre una mesa cubierta por un mantel verde”.<sup>2</sup>

Existen registros de préstamos en Babilonia durante el siglo XVIII a. C., realizados por

---

<sup>1</sup> Finkelstein, Israel, **Enciclopedia perspicacia para comprender las escrituras**, volumen I, Watch tower Bible and tract society of Pennsylvania (1988) Pág. 64.

<sup>2</sup> Alburquerque, Martin. **Notes and queries**. London: George Bell. (1855). Pág. 431.

sacerdotes del templo a los comerciantes, los trapezita eran los banqueros que en la Antigua Grecia, trapezaera la mesa detrás de la que estaban en las tiendas, a veces destinadas a otro tipo de actividad comercial, pero muy a menudo a las transacciones bancarias. Los bancos más importantes seguían siendo sin embargo los grandes templos, donde los sacerdotes hacían fructificar el dinero que recibían en depósito de acuerdo a los préstamos concedidos a los particulares y a las ciudades Pythius de Lidia, en Asia Menor, a principios del siglo V a. C., fue el primer banquero individual del cual hay registros.

“En tiempos de Abraham, los antiguos sumerios de las llanuras de Sinar tenían un sistema singularmente complejo de prestar y recibir préstamos, mantener dinero en depósito y proporcionar cartas de crédito,”<sup>3</sup> en Babilonia, como más tarde en Grecia, la actividad bancaria se centró alrededor de los templos religiosos, cuya naturaleza sacrosanta suponía una seguridad contra los ladrones.

“Los bancos en la época romana no funcionaban como los modernos, la mayoría de las actividades bancarias se llevaron a cabo por particulares y no por instituciones. Las grandes inversiones fueron financiadas por los faeneradores, mientras que quienes trabajaban profesionalmente en el negocio del dinero y el crédito eran conocidos por varios nombres y varias maneras, tales como argentarii que significaba banquero, o

---

<sup>3</sup> **The Encyclopedia Americana**, Editorial Carey, Lea & Carey. 1956, vol. 3, Pág. 152.

bien nummularii que significaba cambista, y por último coactores que significaba cobradores.”<sup>4</sup>

Durante el siglo I los bancos en Persia y en los territorios del Imperio Sasánida se emitieron letras de crédito conocidas como sakks, se sabe que comerciantes musulmanes Karimihan utilizado el sistema de cheque o sakk desde la época del califato abasí bajo Harun al Rashid.

En el siglo IX un empresario musulmán ponía efectivo de la forma primitiva de cheque elaborado en China sobre las fuentes en Bagdad, una tradición que se ha reforzado de manera significativa en los siglos XIII y XIV, durante el Imperio Mongol; de hecho, los fragmentos encontrados en la Geniza de El Cairo indican que en el siglo XII cheques muy similares a los nuestros estaban en uso, sólo que más pequeños para ahorrar costos el papel contenía una cantidad que debía pagarse, a la orden de la fecha y el nombre del emisor eran igualmente evidentes.

En las ferias medievales de comercio, tales como la de Hamburgo, contribuyeron al crecimiento de la banca de una manera curiosa: cambistas expedían documentos disponibles con otras ferias, a cambio de divisas, estos documentos podían ser cobrados en otra feria en un país diferente o en una feria del futuro en el mismo lugar,

---

<sup>4</sup> Zgur, Andrej: **The economy of the Roman Empire in the first two centuries A.D.**, An examination of market capitalism in the Roman economy, Aarhus school of business, December 2007, Pàg.252-261.

eran rescatables en una fecha futura, a menudo eran descontados por una cantidad comparable a una tasa de interés.

En el año de 1100, era tan necesaria la necesidad de transferir grandes sumas de dinero para financiar las cruzadas estimuló el resurgimiento de la banca en Europa occidental, en 1156, en Génova, se produjeron los primeros contratos de divisas conocidos, que eran de dos hermanos que tomaron prestadas 115 libras genovesas y acordaron reembolsar a los agentes del banco en Constantinopla la suma de 460 bezantes un mes después de su llegada a esa ciudad.

“El primer banco moderno fue fundado en Génova, Italia en el año 1406, su nombre era Banco di San Giorgio”<sup>5</sup> los primeros bancos aparecieron en la época del renacimiento en ciudades tales como Venecia, Pisa, Florencia y Génova. La Familia Fuggers o Fúcares de Augsburgo, junto con los Welser fueron los banquero de los reyes de Carlos I y Felipe II de España, tras el asedio de Amberes, el centro financiero se trasladó a Ámsterdam hasta la Revolución Industrial.

En 1609 fue fundado allí el banco Wissel bank Amsterdamsche cuyas oficinas bancarias estaban ubicadas por los centros de comercio, los mayores de los cuales

---

<sup>5</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Banco/cite\\_ref-1](http://es.wikipedia.org/wiki/Banco/cite_ref-1)

fueron durante el siglo XVII los puertos de Ámsterdam, Londres y Hamburgo, y durante los siglos XVIII y XIX se produjo un crecimiento masivo en la actividad bancaria, los bancos jugaron un papel clave en el movimiento de monedas de oro y plata basado en papel moneda, canjeable por sus tenencias.

Para la estabilidad económica general y como garantía para los clientes se hizo necesario durante el siglo XX el establecimiento de la regulación financiera en casi todos los países, para establecer las normas mínimas de la actividad bancaria y la competencia financiera y evitar o enfrentar la posibles quiebras bancarias, especialmente durante las crisis económicas.

## **1.2. Definición de cuentas de depósito bancario**

Es menester citar que al abordar el tema del contrato de depósito bancario se hace necesario hacer referencia previa a lo que establece el Artículo 1 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002, las instituciones bancarias rigen sus actividades de conformidad con la norma citada, en cuanto a su creación, organización, fusión, actividades, y liquidaciones de bancos y grupos financieros.

Una cuenta de depósito bancario es un contrato financiero con una entidad bancaria en virtud del cual se registran el balance y los subsiguientes movimientos de dinero del cliente. Existen dos tipos principales de cuentas bancarias: las cuentas corrientes, para efectuar las operaciones bancarias del día a día, y las cuentas de ahorro para encomendar la custodia de fondos de un cliente.

Las operaciones de depósitos bancarios de dinero, son operaciones pasivas, por medio de las cuales y mediante un contrato, los bancos obtienen capitales de distintas personas o instituciones para su guarda y custodia, con el objeto de disponer de ellos, obligándose a devolver los mismos a la vista, o bien dentro de un plazo determinado.

Se indica que son operaciones pasivas, por cuanto representan deudas de las instituciones bancarias, la función de una institución bancaria; es actuar como intermediaria en el crédito, centraliza primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles y los redistribuye luego en operaciones de crédito en favor de quienes necesitan el auxilio del capital para producir. La mayor parte de esta centralización, la efectúan por medio de los depósitos bancarios, y por la emisión de obligaciones financieras.

En algunos casos, el depósito de dinero lo hace una persona en una institución bancaria no con el propósito de realizar pagos, sino con la intención de invertir en

ahorros o a plazo fijo, ya sea porque el capital devengue una tasa de interés, o bien porque se quiere esperar una ocasión más favorable para invertir el dinero en otros negocios.

En el caso de depósitos a la vista, éstos se constituyen con la finalidad de atender pagos corrientes.

En la operación del depósito intervienen:

- **El depositante:** Es quien entrega el dinero en depósito.
- **El depositario:** Es el banco, o sea quien recibe el dinero en custodia y que está obligado a restituirlo cuando lo solicite el depositante.
- **Dinero depositado:** Es el que el depositante entrega al depositario para su custodia.

Una de las características del depósito bancario de dinero, consiste en su doble disponibilidad, es decir a favor del banco y a favor del cliente; la primera, le permitirá al banco colocar el dinero en operaciones de crédito e inversiones, y la segunda le permitirá al cliente hacer uso del dinero a medida de sus necesidades, como si lo tuviera en casa y sin los riesgos propios de su conservación.

De conformidad con la Ley De Bancos Y Grupos Financieros Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, las instituciones bancarias realizan sus operaciones y servicios al tenor del Artículo 41. Operaciones y servicios. Los bancos autorizados conforme esta Ley podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes:

**a) Operaciones pasivas:**

- Recibir depósitos monetarios;
- Recibir depósitos a plazo;
- Recibir depósitos de ahorro;
- Crear y negociar bonos y/o pagarés, previa autorización de la Junta Monetaria;
- Obtener financiamiento del Banco de Guatemala, conforme la ley orgánica de éste;
- Obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros;
- Crear y negociar obligaciones convertibles;
- Crear y negociar obligaciones subordinadas; y,
- Realizar operaciones de reporto como reportado.

**b) Operaciones activas:**

- Otorgar créditos;
- Realizar descuento de documentos;

- Otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito;
- Conceder anticipos para exportación;
- Emitir y operar tarjeta 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. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas, se requerirá aprobación previa de la Junta Monetaria;
- Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para su uso, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 6 anterior;
- Constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; y,
- Realizar operaciones de reporto como reportador.

**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.

**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.

La Junta Monetaria podrá, previa opinión de la Superintendencia de Bancos, autorizar a los bancos a realizar otras operaciones y prestar otros servicios que no estén contemplados en esta ley, siempre y cuando los mismos sean compatibles con su naturaleza.

### **1.3. Teorías que explican las cuentas de depósito bancario**

Dentro de las teorías que explican las cuentas de depósito bancario puede describirse las siguientes:

#### **1.3.1. La teoría austríaca del ciclo económico**

Fue desarrollada por economistas de la escuela de Viena, incluidos Friedrich Hayek y Ludwig Von Mises, explica la relación entre el crédito bancario, el crecimiento económico y los errores de inversión masivos que se acumulan en la fase alcista del ciclo, explotando con la burbuja y destruyendo su valor.

Sostiene que una expansión artificial del crédito, es decir, no respaldada por ahorro voluntario previo y mediante la manipulación a la baja del tipo de interés, tiende a aumentar la inversión y a crear un falso auge económico, dado que los precios relativos han sido distorsionados por la mayor masa de dinero circulante en la economía.

Estas inversiones, que no hubieran sido emprendidas de no ser por la mencionada distorsión, sobre utilizan los bienes de capital acumulados, desviándolos a proyectos no rentables si hubiera imperado el tipo de interés de mercado y tarde o temprano producirán sobrevaloraciones en algún o algunos activos; tales burbujas inevitablemente acaban estallando.

Cuando la emisión de nuevos medios fiduciarios cesa, las tasas de interés artificialmente bajas; se acomodan en su verdadero nivel de mercado generalmente muy superior al establecido por los bancos centrales dada la escasez de bienes de capital. Esto corta abruptamente el flujo de crédito barato y las inversiones que parecían rentables con precios inflados ahora dejan de serlo; la crisis estalla y se efectúa la natural liquidación de las inversiones erróneas.

### **1.3.2. Teoría bancaria de la Escuela de Salamanca**

Como lo señala el autor Ramón Carande<sup>6</sup>, “conocemos con cierto detalle el desarrollo de la banca privada en Sevilla durante los años de Carlos V”. El autor Carande explica que su investigación se pudo llevar a cabo al descubrirse la relación de banqueros preparada con motivo de la incautación de metales preciosos que se llevó a cabo en el año 1545 por parte de la Casa de Contratación de Sevilla.

---

<sup>6</sup> Carande, Ramón. **Carlos V y sus banqueros**. Editorial Crítica. Sevilla, España (1987) Pág. 90.

La mala situación de la hacienda hizo que Carlos V, en contra de los más elementales principios generales del derecho, recurriera a hacerse con el dinero allí donde éste se encontraba; depositado en las cajas de los banqueros sevillanos. Lo que si es cierto es que estos banqueros, violaban los principios del derecho en relación con el contrato de depósito irregular y utilizaban gran parte de los depósitos recibidos en sus negocios particulares.

Pero no es menos cierto que la política imperial de incautarse directamente de las existencias de dinero que quedaban en los depósitos, no hacía sino incentivar aún más, haciéndola incluso habitual, la actividad bancaria de invertir en forma de préstamos la mayor parte de los depósitos recibidos; si, en última instancia, no existía ninguna garantía de que los poderes públicos habrían de respetar la parte de reserva en metálico que se conservaba en los bancos, y la propia experiencia demostraba que en épocas de apuro el emperador no dudaba en incautarse de la misma sustituyéndola por préstamos forzosos a la corona, más valía dedicar la mayor parte de los depósitos en préstamos al comercio y la industria privados que evitaban la expropiación.

En todo caso, esta política de incautación es quizá la manifestación más extrema de la tradicional política de las autoridades públicas de beneficiarse de los resultados del negocio bancario, expropiando los activos de aquellos que por obligación del derecho debían custodiar y guardar mejor los depósitos ajenos.

Es comprensible, por tanto, que “los gobernantes, al ser los primeros beneficiarios de la actividad bancaria, terminaran justificándola y concediéndola todo tipo de privilegios para que siguiera actuando con un coeficiente de reserva fraccionaria al margen de los principios generales del derecho”<sup>7</sup>.

El autor Ramón Carande relaciona en su magna obra Carlos V y sus Banqueros, los banqueros más importantes en la Sevilla de Carlos V, ellos inexorablemente terminaron quebrando, básicamente por falta de liquidez para hacer frente a la retirada de los depósitos que les habían sido colocados a la vista, lo cual demuestra que actuaban con un coeficiente de reserva fraccionaria.

#### **1.4. Naturaleza jurídica de las cuentas de depósito bancario**

Las cuentas de depósito bancario son de naturaleza un contrato bancario de carácter mercantil. El contrato bancario ha sido definido como el contrato principal que establece la relación entre cliente y banco, al realizar los contratos bancarios en su forma y fondo, podemos concluir que son de naturaleza mercantil utilizándose en la práctica el término bancario solamente para facilitar su estudio. Pues el banco se constituye como una sociedad mercantil especial, toda vez que se rige por una legislación específica, la cual establece los preceptos legales fundamentales para su

---

<sup>7</sup> Coppa Zuccari, Pascuale. **Il Deposito Irregolare**. Editorial Moderna, Madrid, España (1901) Pág. 2.

funcionamiento y operación, por lo que se puede establecer que el cliente entabla su relación contractual con un comerciante.

La legislación aplicable a los contratos mercantiles ofrece diferencias con respecto a la legislación civil común, debido a que busca adaptarse a las necesidades del tráfico mercantil, el cual necesita soluciones distintas normalmente más ágiles y rápidas que el ámbito civil, los contratos mercantiles se rigen por la legislación comercial general, como la contenida en el Artículo 669 el Código de Comercio; entonces se puede precisar que el contrato bancario se basa en el principio filosófico de buena fe recíproca entre cliente banco y en todo lo que éstas no previeren, por las reglas generales de los contratos y obligaciones del derecho civil, contenido en el Código Civil, Decreto Ley 106.

### **1.5. Características de las cuentas bancarias**

Los contratos mercantiles en nuestro país, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse, los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en idioma español, tal y como se establece en el Artículo 671 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

El contrato de cuenta bancaria o contrato bancario por su modalidad es un contrato de adhesión, de conformidad con lo regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 1520, esta característica obedece a que la institución bancaria está en condición de imponer su voluntad al contratante, entonces quiere decir que es la institución la que determina los términos contractuales a los que debe sujetarse el negocio, facilitándole un formulario al cliente en donde se consignan los derechos y obligaciones de ambas partes contractuales, el cual por lo general no es leído íntegramente por el cliente, obligándose y creyendo en la buena fe del banco; dicho formulario es autorizado por la Superintendencia de Bancos.

Existe entonces, un vínculo entre esos dos conceptos, puesto que estudiar los contratos de cuentas bancarias, es analizar las operaciones celebradas por las empresas bancarias, haciendo énfasis en los elementos jurídicos que concurren a la formación del acuerdo de voluntades. Sin embargo, son pocas las personas que, cuando efectúan una operación bancaria, se percatan que ha implicado, previa y necesariamente la celebración de un acto jurídico formal denominado contrato.

“Los términos de operación bancaria y contrato bancario, se refieren al mismo conjunto de hechos, pero desde puntos de vista distintos: la operación significa la consideración

del contenido económico del negocio financiero, en tanto que el contrato comprende la consideración de sus elementos jurídicos.”<sup>8</sup>

### **1.6. Características del contrato de cuenta corriente**

En el contrato de cuenta corriente bancaria, se entiende que por su naturaleza, sus características son: autónomo, bilateral, consensual, normalmente oneroso y de ejecución continuada.

- Es autónomo, porque consiste en una combinación de prestaciones que el banco realiza por cuenta y en interés del cliente, ejemplo; el servicio de caja que presta el banco integrando en este elemento del mandato y del depósito.
  
- Es bilateral, porque engendra obligaciones para ambas partes, de ejecución continuada o sucesiva.
  
- Es consensual, porque se origina por voluntad de las partes; siendo condición de habilitación, la provisión de fondos, o autorización para girar en descubierto.

---

<sup>8</sup> <http://www.ernestojinesta.com/ernestojinesta/curriculum20y20art.%20rev/ContratoBancario20Final.PDF>

- Es oneroso porque las instituciones bancarias suelen cobrar intereses y gastos por las gestiones, o intereses del descubierto.
- Es nominado o típico porque está expresamente regulado en el Código de Comercio guatemalteco en el Artículo 734, y sólo el saldo que resulte al cierre de la cuenta constituirá un crédito exigible en los términos del contrato.

## **1.7. Elementos de los contratos bancarios**

Los elementos que compone o son considerados dentro de los contratos bancarios son entre otros los siguientes:

### **1.7.1. Intuitaepersonae**

“El manejo de la cuenta bancaria supone la concesión recíproca de la más alta confianza. Si bien, la institución bancaria o establecimiento financiero presta servicios generales, no por ello lo hace indiscriminadamente, sino que escoge con cautela su cliente para mantener su prestigio y no ser sorprendido por un sujeto de escasa

solvencia moral y económica.”<sup>9</sup> Además, es indispensable que intervenga en cualquier operación bancaria el titular de la cuenta bancaria, otorgando su consentimiento en la realización de las mismas, a través de la propia firma.

### **1.7.2. Depositante**

“El depositante principal, también llamado cuentahabiente, es la persona individual o jurídica que apertura la cuenta en el banco. El depositante principal puede instruir al banco para que el depósito también se reciba a nombre de un depositante secundario, para el sólo y exclusivo efecto que en caso de fallecimiento, declaratoria de interdicción o ausencia legalmente declarada del depositante principal, el depósito sea devuelto al depositante secundario.”<sup>10</sup>

### **1.7.3. Banco**

El Banco se constituye como una sociedad anónima especial, toda vez que es regulada por una ley específica y debe de llenar una serie de requisitos establecido en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2012 del Congreso de la República de Guatemala, previo al dictamen favorable de la Junta Monetaria o también denominado simplemente el banco, y el firmante, quien se identifica en el anverso del

---

<sup>9</sup> <http://www.ernestojinesta.com/ernestojinesta/curriculum20y20art.20rev/Contrato20Bancario20Final.PDF>

<sup>10</sup> [https://www.bac.net/guatemala/img/Contrato%20IVE%20\(Anexo%202\).pdf](https://www.bac.net/guatemala/img/Contrato%20IVE%20(Anexo%202).pdf)

contrato, se le denomina el cuentahabiente o simplemente el cliente, quienes han convenido en celebrar contrato de apertura de cuenta de depósitos monetarios, depósitos de ahorro, y servicios complementarios.

## **1.8. Clases de cuentas bancarias**

Dentro de las clases de cuentas de depósito bancario que son operadas por las entidades bancarias en Guatemala se pueden mencionar las siguientes:

### **1.8.1. Cuentas corrientes**

Las cuentas corrientes son el tipo de cuenta bancaria más habitual que podemos encontrar en cualquier entidad bancaria, en una cuenta corriente podremos disponer de nuestro dinero siempre que queramos y realizar a través de ella las operaciones más habituales.

A diferencia del resto de cuentas, las cuentas corrientes no ofrecen ningún tipo de remuneración, es una cuenta básica, para las operaciones más comunes, pero no está pensada para el ahorro de cada mes puede estar sujeta a algún tipo de comisión por su mantenimiento o por las operaciones que realicemos podemos cancelarla en cualquier

momento, sin ningún tipo de penalización y siempre y cuando avisemos a la entidad previamente.

### **1.8.2. Cuentas remuneradas**

Las cuentas remuneradas también se les denomina cuentas de ahorro, precisamente porque su uso está destinado a los clientes más ahorradores, a diferencia de las cuentas corriente, en las cuentas remuneradas podremos depositar nuestro dinero y percibir por él una pequeña remuneración, que suele ser más elevada durante los primeros cuatro o seis meses.

A diferencia de la cuenta nómina, no permiten domiciliar nuestros principales recibos ni realizar operaciones habituales como podemos hacer en una cuenta corriente, pero a cambio, algunas nos ofrecen tarjetas de débito o crédito, incluso, para un mayor ahorro, alguna cuenta remunerada nos permite recuperar un porcentaje de las compras que realicemos con nuestras tarjetas.

Una ventaja añadida de este tipo de cuentas, sumado a su alta liquidez, es decir, que podremos recuperar total o parcialmente el dinero que tengamos en nuestra cuenta, sin ningún tipo de cargo por ello, algo en lo que se diferencia de los depósitos bancarios

son una de las opciones más seguras en situaciones de inestabilidad económica y tipos de interés demasiado bajos, además, si tenemos un depósito bancario, podremos abrir una cuenta remunerada para depositar allí sus intereses, por lo que nos beneficiaremos de una rentabilidad todavía mayor.

### **1.8.3. Cuentas nómina**

Con las cuentas nómina podemos conseguir un importante ahorro si sabemos elegir bien, en primer lugar, debemos de valorar lo que nos ofrecen por abrir dicha cuenta en la entidad bancaria, algunas ofrecen un regalo, que puede no ser todo lo rentable que deseamos para nuestro dinero, mientras que otras nos permiten recuperar un porcentaje de los recibos que hayamos domiciliado la diferencia entre cuentas nómina y cuentas remuneradas, es que, aunque tengamos una menor remuneración, con las cuentas nómina si podemos domiciliar recibos, e incluso obtener un descuento en los mismo que puede rondar el dos o el tres por ciento.

### **1.8.4. Cuentas vivienda**

Las cuentas vivienda están pensadas para los ahorradores que van a comprar su primer inmueble o van a realizar reformas en su actual vivienda, las principales ventajas de las cuentas vivienda es que vienen de la mano de una atractiva fiscalidad, pero para

poder beneficiarse de ella, debemos cumplir dos condiciones: por un lado, que se dedique el total del saldo de nuestra cuenta vivienda a la compra o la rehabilitación de la primera vivienda y que, por otro lado, se haga en un plazo máximo de cuatro años, si estas dos condiciones no se cumplen, deberán devolverse las deducciones junto a los intereses.

#### **1.8.5. Cuentas de ahorro.**

Los depósitos de ahorros es aquel tipo de depósito que se consigna en las entidades financieras que tienen entre sus actividades, la captación de fondos y los mismos se mantienen en poder a disposición de dicha entidad por períodos más largos que los depósitos de cuenta corriente, el hecho de mantener por un mayor tiempo, los fondos depositados en el banco, pero con la facilidad de convertirlos en dinero corriente efectivo es un corto tiempo y sin pérdida de valor, es lo que le asigna a esta clase de depósito la categoría o calificativo de cuasi-dinero.

Por otra parte, para hacer retiros de estas cuentas, especialmente cuando se trata de montos elevados, el banco exige un aviso previo por escrito, de tal manera que pueda contar con la liquidez suficiente para cubrir el compromiso.

Los bancos reconocen en beneficio trimestral en concepto de interés, por las cuentas

de ahorros, que de acuerdo a la reglamentación de la Comisión Bancaria, ese interés es anual, capitalizado trimestralmente, sobre el promedio de los saldos más bajos de cada mes; cualquier persona mayor de edad, puede abrir este tipo de cuenta, para el banco, constituye un típico servicio de captación de recursos, los depósitos de ahorro se clasifican en ahorros corriente y ahorros a plazo fijo.

#### **1.8.6. Cuentas de ahorro corriente**

Esta clase de depósitos da lugar a las cuentas de ahorros, las cuales pueden abrirse por cantidades que son diferentes para los diversos bancos y que pueden ser muy pequeñas para algunos de ellos, como es el caso de la caja de ahorros. Los dueños de estas cuentas pueden depositar y retirar dinero cuando lo deseen, pero sólo ganan intereses los saldos que se mantienen por un período determinado de tiempo.

#### **1.8.7. Cuentas de depósito a Plazo Fijo**

Son depósitos que se formalizan entre el cliente y el banco por medio de un documento o certificado; se pactan por un monto y plazo determinado y de los mismos no pueden hacerse retiros, ni incrementarse antes del vencimiento del plazo pactado. Es decir, el cuentahabiente está consciente que debe mantener esa relación con el banco durante el tiempo que dure el contrato.

## 1.9. Análisis jurídico en derecho comparado de las cuentas bancarias

Al realizar un análisis jurídico con fines meramente ilustrativos, una mínima referencia al origen histórico de las cuentas bancarias, la cual surge como la mayoría de las instituciones del derecho comercial por el tráfico entre los comerciantes en la época del Medievo.

Se dice que “en las antiguas costumbres de la feria de Champagne, el mercader extranjero daba en custodia a un cambia valute, quien depositaba el dinero llevado para operar pagos de las obligaciones de feria, estos depósitos se transcribían en una cuenta dividida en un debet y credit por el cambia valute, luego con el paso del tiempo, esta costumbre se combina con el sistema de la partida doble debe y haber, que surge en el año 1494, por creación de Fra Luca Paccioli, desde entonces los libros de contabilidad adquieren gran importancia frente a la documentación que emitían los banqueros, por lo que cobra vigencia el viejo aforismo quod non est in libris non est in mundo, siendo un elemento importante como medio de prueba de este tipo de operaciones comerciales, así comienza el derecho de la banca de origen italiano”<sup>11</sup>.

En la actualidad los sistemas de partida doble son utilizados en todos los sistemas contables de los bancos y de esa forma llevan el registro de su operación.

---

<sup>11</sup> Molle Giacomo, Considerazion isull conto corrente bancaria, en "**Banca, borsa e titoli di credito**". 1950. Pág. 103.

## **1.10. El dinero como bien mueble**

De conformidad con el Código Civil, el dinero puede ser considerado como un bien mueble porque pueden ser objeto de apropiación y puede ser trasladado de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos.

### **1.10.1. Evolución histórica del dinero**

En el período neolítico, con la aparición de la agricultura y la ganadería, apareció la primera economía de producción y se produjo un excedente; una cantidad de bienes que no necesitaban ser consumidos, esto dio lugar a la posibilidad de alimentar a personas que no necesitaban trabajar la agricultura o la ganadería y podían dedicarse a producir otros productos, como la cerámica, e intercambiarlo por el excedente producido; ello permitió la primera forma de comerciar, el trueque, intercambiando directamente bienes y servicios por otros, esta forma de intercambio se consideró ineficiente.

Desde el neolítico, en las sociedades agrícolas, ganaderas, el hombre ha realizado intercambios con los bienes obtenidos como fruto de su trabajo productivo por otros, de

ese modo el que había recolectado frutos de la tierra en un determinado momento podía desear cambiar parte de ellos por ejemplo por pieles, así surgió el trueque.

El dinero que fue usado en sus inicios, desde el neolítico, no fue como hoy lo conocemos, distintas civilizaciones adoptaron distintos bienes para suplir con ellos la función de dinero: alimentos, conchas, metales, plumas, piedras preciosas, entre otros, con el paso del tiempo, el oro y la plata fueron ampliamente usados como dinero debido a que su valor es aceptado mundialmente.

También fue usado debido a la facilidad de transporte, a las ventajas de su conservación, para garantizar o certificar que un trozo de metal o moneda contenía una cierta cantidad de oro y/o plata, se comenzó la acuñación, a modo de garantía o certificación, por parte de entidades reconocidas y respetadas entre ellos reinos, gobiernos, y bancos, que avalaban el peso y la calidad de los metales que contenían, las primeras monedas que se conocen se acuñaron en Lidia, la actual Turquía en el Siglo VII a. C.

Según Heródoto, “el pueblo lidio fue el primero en introducir el uso de monedas de oro, plata y también fue el primero en establecer tiendas de cambio en locales permanentes, se cree que fueron los primeros en acuñar monedas estampadas, durante el reinado de

Giges,<sup>12</sup> otros numismáticos remontan la acuñación a Ardis II.

“La primera moneda fue hecha de aleación de oro y plata”,<sup>13</sup> con un peso de 4,76 gramos, para poder pagar a las tropas de un modo regulado, el motivo del estampado era la cabeza de un león, que no era más que el símbolo de la realeza.

En los siglos XVIII y XIX, muchos países tenían un patrón de dos metales, basado en oro y plata, entre 1870 durante la primera guerra mundial se adoptó principalmente el patrón oro, de forma que cualquier ciudadano podría transformar el papel moneda en una cantidad de oro equivalente. Durante el período entre las guerras mundiales se trató de volver al patrón oro, si bien la situación económica y la crisis o crack de 1929 terminó con la convertibilidad de los billetes en oro para particulares.

Al terminar la segunda guerra mundial, los aliados establecieron un nuevo sistema financiero en los acuerdos de Bretton Woods, en los cuales se establecía que todas las divisas serían convertibles en dólares estadounidenses y sólo el dólar estadounidense sería convertible en lingotes de oro a razón de 35 dólares por onza para los gobiernos extranjeros.

---

<sup>12</sup> Walker J. M. **Antiguas civilizaciones de Mesopotamia**, Edimat Libros S.A. 2002; Pág. 144.  
cronología comparada: año 700a.C.

<sup>13</sup> Madden, Frederic William **Coins of the jews**, Trubner & co. Londres, Inglaterra (1881) Pág. 19-21.

En el año de 1971, las políticas fiscales expansivas de los Estados Unidos de Norte América, motivadas fundamentalmente por el gasto bélico de Vietnam, provocaron la abundancia de dólares, planteándose dudas acerca de su convertibilidad en oro; esto hizo que los bancos centrales europeos intentasen convertir sus reservas de dólares en oro, creando una situación insostenible para los Estados Unidos. Ante ello en 1971, el presidente de ese país Richard Nixon, suspendió unilateralmente la convertibilidad del dólar en oro para el público y devaluó el dólar un 10%, durante el año 1973, el dólar se vuelve a devaluar otro 10 %, hasta que, finalmente, se termina con la convertibilidad del dólar en oro también para los gobiernos y bancos centrales extranjeros.

Desde el año de 1973 hasta nuestros días, el dinero que hoy usamos tiene un valor que está en la creencia subjetiva de que será aceptado por los demás habitantes de un país, o zona económica, como forma de intercambio. Las autoridades monetarias y Bancos Centrales no pretenden defender ningún nivel particular de tipo de cambio, pero intervienen en los mercados de divisas para suavizar las fluctuaciones especulativas de corto plazo, con el objetivo de mantener a corto plazo la estabilidad de precios, y evitar situaciones como la hiperinflación, que hacen que el valor de ese dinero se destruya, al desaparecer la confianza en el mismo, o como la deflación. Buscando también fortalecer su economía nacional frente a las economías de países de primer mundo y que su moneda no se devalúe frente al dólar estadounidense, ya que es una de las monedas mundialmente aceptada como medio de intercambio.

### 1.10.2. Definición de dinero

“Se origina del latín denarius que significa denario, esta era la moneda romana era un medio de intercambio común y generalmente aceptado por la sociedad que era usado para el pago de bienes, mercancías, servicios, y de cualquier tipo de obligación tales como deudas; actualmente, el tipo de dinero que manejamos en el día a día es dinero fiduciario.”<sup>14</sup>

“El dinero permite el intercambio de bienes y servicios en una economía de una manera más sencilla que el trueque, por tanto; para que un bien pueda ser calificado como dinero se deben satisfacer los siguientes tres criterios y que son las tres principales funciones que cumple el dinero en un sistema económico moderno.”<sup>15</sup>

El dinero cumple entre otras las funciones siguientes:

#### **Como medio de intercambio**

Para evitar las ineficiencias de un sistema del canje, cuando un bien es requerido con el solo propósito de usarlo para ser intercambiado por otras cosas, posee esta propiedad; por ejemplo, pocas personas conservan billetes para colección, aun cuando con el paso del tiempo adquieren más valor para los coleccionistas, en cambio, la mayoría de las

---

<sup>14</sup> Scheuder, Vicent. **The Motley fool**\_(ed.): Can our current system of fiat money survive in the long term. The Magic of Money. Consultado el 2 de julio de 2011.(en inglés)

<sup>15</sup> Ramirez Solano, Ernesto. **Moneda, banca y mercados financieros, Instituciones e instrumentos en países en desarrollo**. Person educación. (2001).

personas los conservan por la posibilidad de intercambiarlos cuando lo deseen por otros bienes además, el dinero debe ser un bien ligero y fácil de almacenar y de transportar.

### **Como unidad contable**

Cuando el valor de un bien es utilizado con frecuencia para medir y comparar el valor de otros bienes o cuando su valor es utilizado para denominar deudas, se dice que el bien posee esta propiedad por ejemplo, si los miembros de una cultura se inclinan por medir el valor de las cosas en referencia a las cabras, serían la principal unidad contable, un caballo podría costar 10 cabras y una cabaña unas 45 cabras, la unidad de cuenta significa que es la unidad de medida que se utiliza en una economía para fijar los precios. El valor de las cosas es variable dependiendo las condiciones económicas del país y del momento histórico por el que se esté atravesando en ese momento.

### **Como conservación de valor**

Cuando un bien es adquirido con el objetivo de conservar el valor comercial para futuro intercambio, entonces se dice que es utilizado como un depósito de valor, en el ejemplo anterior, una cabra tendría un problema a la hora de servir como dinero, puesto que es

un bien perecedero: con el tiempo muere, otros materiales, como el oro y la plata, conservan sus propiedades a pesar del paso del tiempo.

Es un medio de acumulación o atesoramiento, el dinero, como representante de la riqueza, tiene el poder de comprar cualquier mercancía y se puede guardar en cualquier cantidad, la función de atesoramiento sólo puede realizarla el dinero de pleno valor: monedas y lingotes de oro, piedras preciosas, objetos de oro, entre otros, el bien escogido como medio de acumulación debe ser siempre algo que pueda guardarse durante largos períodos sin que se deteriore, el dinero es un depósito de valor pero no el único, cualquier activo que mantenga su poder adquisitivo a lo largo de tiempo servirá como depósito de valor.

## **CAPÍTULO II**

### **2. La propiedad privada y las cuentas de depósito bancario**

En el presente capítulo se desarrolla el tema de la propiedad privada y su relación con las cuentas de depósito bancario se definen los bienes muebles y su clasificación, características y elementos de la propiedad privada, el Fondo para la Protección del Ahorro y la supervisión financiera, para fortalecer la importancia que tiene la protección del derecho de propiedad de las personas que garantiza la legislación, específicamente lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala; Código Civil, Decreto Ley 106; la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala y Ley de Supervisión Financiera Decreto número 18-2002, del Congreso de la República de Guatemala..

#### **2.1. Definición de bienes muebles**

El Código Civil, Decreto Ley 106, define en el Artículo 451 que son bienes muebles los siguientes:

- 1o. Los bienes que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos, ni del inmueble donde estén colocados
  
- 2o. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal

- 3o. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación
- 4o. Las acciones o cuotas y obligaciones de las sociedades accionadas, aun cuando estén constituidas para adquirir inmuebles, o para la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes;
- 5o. Los derechos de crédito referentes a muebles, dinero o servicios personales; y
- 6o. Los derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial.

Los bienes muebles, por oposición a los bienes inmuebles son todos aquellos bienes personales depositados en estancias que son transportables, pero que una persona no suele llevar consigo. Incluye, pero no se limita, a los elementos de una vivienda.

En el derecho se incluyen diferentes objetos bajo esta denominación dependiendo de la rama en que se esté trabajando, así en la rama del derecho civil no se consideran cosas muebles aquellas que naturalmente van adheridas al suelo u otras superficies porcelanas, baldosas, lajas, mientras que éstas si son consideradas muebles para el derecho penal por ejemplo; pueden efectivamente ser objeto de hurto, entre estos podemos encontrar objetos de hogar como neveras, estufas, amueblados, computadoras, menaje de casa, entre otros.

### **2.1.1. Clasificación de los bienes muebles**

Muebles por su naturaleza; son aquellos cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, se muevan por sí mismos o por efecto de una fuerza exterior.

Muebles por determinación de la Ley; se consideran muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles por acción personal.

Muebles por anticipación; son todos aquellos bienes que están destinados a ser separados de un inmueble, que necesariamente habrán de adquirir en el futuro categoría de muebles, aunque en el presente sean inmuebles.

Bienes corporales e incorporales; esta clasificación viene desde el derecho romano, los romanos consideraban bienes incorporales tanto a los derechos reales como a los personales; pero la propiedad, la confundieron con la cosa, y solo se nota la diferencia al tener que expresar la naturaleza de cada derecho indicando la distinción entre el derecho y la cosa. Lo cual también lo podemos equiparar con los bienes tangibles, que por definición serían los que podemos tocar efectivamente y los bienes intangibles que son los que no son palpables, como un derecho por ejemplo.

## **2.1.2. Bienes de dominio público**

Dentro de los bienes de dominio público pueden mencionarse los siguientes:

### **Bienes Nacionales de uso común**

Estos bienes los regula el Código Civil en su Artículo 458.-Bienes nacionales de uso común.- Son bienes nacionales de uso público común:

- 1o. Las calles, parques, plazas, caminos y puentes que no sean de propiedad privada;
- 2o. Los puertos, muelles, embarcaderos, pontones y demás obras de aprovechamiento general, contruidos o adquiridos por el Estado o las municipalidades;
- 3o. Las aguas de la zona marítima territorial en la extensión y términos que fije la ley respectiva; los lagos y ríos navegables y flotables y sus riberas; los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite al territorio nacional; las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento industrial, en la forma que establece la ley de la materia; y las aguas no aprovechadas por particulares; y
- 4o. La zona marítimo-terrestre de la República, la plataforma continental, el espacio aéreo y la estratósfera en la extensión y forma que determina la ley.

## **Bienes del Estado**

Estos bienes los regula el Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 121.- Bienes del Estado. Son bienes del Estado:

- a) Los de dominio público;
- b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;
- c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;
- d) La zona marítima terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;
- e) El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo;
- f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas;

g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y

h) Las frecuencias radioeléctricas.

## **2.2. Definición de propiedad privada**

El término propiedad proviene del vocablo latino *propietas*, derivado, a su vez, de *proprium*, o sea, lo que pertenece a una persona o es propia de ella, locución que viene de la raíz *prope*, que significa cerca, con lo que quiere anotar cierta unidad o adherencias no físicas sino moral de las cosas o la persona.

Los romanos carecieron, en las etapas iniciales de su historia jurídica, de la palabra adecuada para expresar la idea abstracta del derecho de propiedad, durante la época de Cicerón se utilizó el vocablo *mancipium*, a fin de designar la propiedad romana y, posteriormente, los términos *dominium*, *dominium legitimum* y *propietas*, fueron usados en igual sentido. La propiedad, que no era legitimada por el derecho civil, se expresaba con los vocablos *in boniesse* o *in bonis haberes*, de allí surgió la denominación *dominium bonitarium*, opuesta al *dominium quiritarium* que hacía referencia a la propiedad amparada por el derecho civil.

Al abordar el tema de “propiedad privada se refiere a los derechos de las personas y empresas de obtener, poseer, controlar, emplear, disponer de, y dejar en herencia tierra, capital, cosas y otras formas de propiedad”.<sup>16</sup>

“La propiedad privada se diferencia de la propiedad pública, en que esta última se refiere a bienes propiedad del Estado y no de individuos o entidades empresarias, el concepto de propiedad ha ido sufriendo modificaciones a lo largo de la historia. A fines del siglo XVIII, durante la revolución industrial, la propiedad privada surgió como la forma predominante de propiedad en el ámbito de la producción y las tierras, desplazando a la propiedad feudal, gremios, sistema de talleres y producción artesanal, que se basaban en la propiedad de herramientas de producción por parte de trabajadores o gremios de artesanos.”<sup>17</sup>

“Los marxistas y socialistas hacen una distinción entre propiedad privada y propiedad personal, definiendo a la primera como los medios de producción, haciendo referencia a la empresa privada basada en una producción socializada y mano de obra asalariada; mientras que la segunda son los bienes de consumo o cosas producidas por un individuo”.<sup>18</sup>

Históricamente, hasta el desarrollo del capitalismo el término propiedad se designaba a

---

<sup>16</sup> Mcconnell, Campbell Stanley. **Brue and Sean Flynn. economics.** Boston: Twayne Publishers. 2009. Pág. 22.

<sup>17</sup> <http://www.economictheories.org/2009/05/accumulation-of-capital.html>

<sup>18</sup> Gewirth, Alan. **The community of rights.** University of Chicago Press. 1996. Pág. 168

la tenencia de tierras, a partir de entonces tal término comenzó a utilizarse para referirse a la propiedad sobre los medios de producción, desde entonces, es su acepción común, se ha expandido para abarcar a las posesiones personales y a la propiedad no productiva que poseen los individuos.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 39, establece que la propiedad privada, se garantiza como un derecho inherente a la persona humana, y quien puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley.

Así también, el Código Civil establece lo relativo a la propiedad privada en su Artículo 460 que los bienes de propiedad privada son los de las personas individuales o jurídicas que tienen título legal.

### **2.3. Características de la propiedad privada**

En derecho civil, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley, es ese derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

El autor Guillermo Cabanellas considera que la propiedad no es más que el dominio que un individuo tiene sobre una cosa determinada, con la que puede hacer lo que desee su voluntad; “se considera que el derecho de propiedad pleno comprende tres facultades principales: uso siendo estas el iusutendi, o goce, iusfruendi o disfrute y el iusabutendi, que es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien”<sup>19</sup> distinción que proviene del derecho romano de su recepción medieval.

Una de las características del derecho de propiedad es que es un derecho absoluto, esta característica significó, según el derecho romano, la facultad omnipotente del propietario de hacer o no hacer en sus cosas aquello que creyera conveniente, no hay obstáculo a que las legislaciones consignent que el propietario pueda obtener las consecuencias económicas de su derecho de propiedad; a cerrar su propiedad; a oponerse, incluso, al acto arbitrario del poder; siempre que todo ello conduzca a considerar el derecho de propiedad como orientado hacia un fin superior.

La propiedad que se goza es un derecho limitado intrínsecamente por su propia naturaleza y por esa propia condición que tiene en la vida actual. El derecho de propiedad es un derecho exclusivo, esto quiere decir que el propietario puede rechazar la intervención de terceros o bien del Estado que pretendan interferir en su derecho pleno, pero tampoco puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas, lo cual está regulado en el Artículo 465 del Código Civil, Decreto Ley 106.

---

<sup>19</sup> Rodríguez Piñeres, Eduardo. **Derecho usual**. 16ª edición. Bogotá Temis, pág. 70

Otra de las características es que, es un derecho perpetuo en virtud de que existe una relación jurídica de naturaleza perpetua, dado que no lleva en sí mismo una razón de caducidad, la propiedad subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de ella el propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad; aunque esté en la imposibilidad de hacerlo y aunque el tercero lo ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje a otro poseer la cosa durante el tiempo requerido.

En la doctrina moderna, el carácter de perpetuidad se recoge con las limitaciones propias del caso, ya que si bien en principio no hay nada que lo obstaculice, sin embargo, esto no impide la existencia de la propiedad revocable en ese sentido se puede hablar de una expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas, según lo regula el Artículo 40 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Puede decirse que el derecho de propiedad es un derecho perfecto pues puede recaer sobre la sustancia misma de la cosa sobre su utilidad o sobre sus frutos, de aquí deriva el concepto de dominio imperfecto según que el dominio se ejerza sobre la sustancia, o bien de un dominio radical que se refiere a su utilidad, en el caso del dominio de uso o sobre los frutos, nos estaríamos refiriendo al dominio de usufructo, estas tres clases de dominio, al hallarse en un solo sujeto, constituyen el dominio pleno o perfecto.

Del análisis del concepto anterior podemos afirmar que el derecho de propiedad es un derecho perfecto, pues por él, todo propietario puede reclamar o defender la posesión de la cosa, incluso mediante un uso proporcionado de la fuerza, y disponer plenamente de su utilidad y aún de su substancia, con la posibilidad en determinados supuestos de destruir la cosa, o bien de despojar al propietario a través de la confiscación por parte del Estado, ante esta situación nuestra Constitución Política en su Artículo 41 prohíbe la confiscación de bienes.

#### **2.4. Elementos de la propiedad privada**

De acuerdo al Artículo 464 del Código Civil, 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.

Entre los principales elementos de la propiedad como derecho del propietario tenemos el uso, disfrute y disposición de la cosa, entendidos estos dentro de un poder jurídico total tenemos:

- **Uso:** Lo cual implica aprovechar la cosa sin alterarla, de manera que pueda reiterarse constantemente esta forma de aprovechamiento.

- **Disfrute:** Implica el uso y apropiación de los frutos de la cosa -ya sean estos animales o productos de la tierra, es la facultad de apropiarse sólo de los frutos.
- **Disposición de la cosa:** es el derecho del propietario de disponer en forma material mediante el consumo y transformación, y en forma jurídica mediante la enajenación total o parcial de la cosa.

## **2.5. Creación del Fondo para la Protección del Ahorro**

La creación del Fondo para la Protección del Ahorro conocido por sus siglas como FOPA tiene como objetivo, garantizar los depósitos de los ahorrantes, hasta la suma de veinte mil quetzales o su equivalente en moneda extranjera, en caso el banco en el cual mantiene sus ahorros, le sea suspendida sus operaciones por la Junta Monetaria, este monto es por persona individual o jurídica, de tal manera que si una persona tiene dos cuentas y estas suman más de veinte mil quetzales, el Fondo para La Protección del Ahorro solo pagará hasta veinte mil quetzales, o si tuvieran cuentas mancomunadas propiedad de dos a más, se entenderán abiertas por una sola persona, individual o jurídica, excepto en aquéllas en las que uno de los titulares sean diferentes.

Los depósitos que se encuentran garantizados por el Fondo para la Protección del Ahorro, son los depósitos monetarios, ahorro y a plazo, constituidos en un banco, sea

éste privado nacional o sucursal de banco extranjero, no así inversiones en financieras u otras entidades, entre las fuentes principales de financiamiento del Fondo para la Protección del Ahorro, se analizarán en el siguiente tema a abordar.

### **2.5.1. Cuotas de los bancos**

Estas cuotas son obligatorias, para los bancos nacionales y sucursales de bancos extranjeros, éstas deberán ser pagadas mensualmente, durante los dos primeros años de vigencia del Decreto número 19-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros, el equivalente a una doceava parte del uno por millar del promedio mensual del total de las obligaciones depositarias que la entidad bancaria envía a la Superintendencia de Bancos, a más tardar el tercer día hábil de cada mes, sobre los saldos del mes inmediato anterior. Después de los dos primeros años, la Junta Monetaria determinará la tasa aplicada a los bancos, siempre y cuando ésta no sea inferior a una doceava parte del uno por millar.

### **2.5.2. Aportes del Estado:**

Los aportes que el Estado realice, serán por los montos necesarios para cubrir deficiencias de dicho Fondo o para ampliar su cobertura, para cuyo efecto, el Banco de Guatemala debe remitir previamente informe al Ministerio de Finanzas Públicas sobre la situación financiera de dicho fondo, justificando tal solicitud.

Al 31 de julio de 2003, el Fondo para la Protección del ahorro contaba con Q.1,017.7 millones de los cuales US\$.68.0 millones (Q. 544.0 millones) han sido aportados por el Gobierno, provenientes de la colocación de los bonos paz, y el resto por contribuciones obligatorias de los bancos del sistema, esto según publicación del diario Prensa Libre de fecha dieciocho de agosto de dos mil trece.

### **2.5.3. Desarrollo del Fondo para la Protección del Ahorro**

Los recursos del Fondo para la Protección del Ahorro serán administrados por el Banco de Guatemala, quien deberá:

- Calcular, con base en la información proporcionada por la Superintendencia de Bancos, las cuotas que los bancos participantes deben aportar mensualmente a la formación del Fondo para la Protección del Ahorro;
- Llevar las cuentas y registros contables de las operaciones del Fondo para la Protección del Ahorro, en forma separada de sus propias operaciones. Asimismo, para efectos de lo establecido en el primer párrafo del Artículo 89 del Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros, la cuota de formación se computará separadamente por moneda;

- Debitar, en la moneda de que se trate, las cuentas encaje de cada banco participante con el monto de las cuotas de formación que corresponda, y abonar, en la respectiva moneda, las cuentas del Fondo para la Protección del Ahorro constituidas en el Banco de Guatemala;
  
- Debitar, en la moneda de que se trate, las cuentas encaje del banco que corresponda, con el importe de los intereses y las multas a que diere lugar la aplicación de las leyes a ser observadas por los bancos participantes, y abonar, en la respectiva moneda, las cuentas del Fondo para la Protección del Ahorro constituidas en el Banco de Guatemala;
  
- Notificar al banco nacional o sucursal de banco extranjero de que se trate, la suspensión o reinicio de las aportaciones, en caso éstas alcancen el cinco por ciento de la totalidad de las obligaciones depositarias;
  
- Elaborar mensual y anualmente los estados financieros correspondientes a las operaciones del Fondo para la Protección del Ahorro, los cuales serán examinados por la auditoría interna y firmados por el gerente, ambos del Banco de Guatemala y aprobados por la Junta Monetaria;
  
- Presentar a la Junta Monetaria el informe de operaciones del Fondo para la Protección del Ahorro, referido al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de

diciembre, de cada año, dentro del mes siguiente a que corresponda, o cuando la Junta Monetaria lo requiera;

- Realizar los desembolsos que sean necesarios, en la moneda de que se trate, para hacer efectiva la cobertura de los depósitos correspondientes, con cargo a los recursos del Fondo para la Protección del Ahorro;
  
- Proponer anualmente a la Junta Monetaria, para su aprobación, la política de inversión de los recursos del Fondo para la Protección del Ahorro, elaborada conforme a sanos y prudentes criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad, que aseguren una adecuada diversificación de las inversiones; y, realizar otras atribuciones que le asigne la Junta Monetaria.

#### **2.5.4. Procedimiento de pago**

El Banco de Guatemala, en su calidad de administrador de los recursos del Fondo para la Protección del Ahorro, a requerimiento de la junta de exclusión de activos y pasivos, procederá a realizar dentro de los tres días siguientes a tal requerimiento, los desembolsos para hacer efectiva la cobertura de los depósitos a que se refieren las presentes disposiciones reglamentarias y, dentro de los cinco días siguientes que dicha junta le solicite, procederá a efectuar los pagos correspondientes a los depositantes del

banco de que se trate, directamente o por intermedio de los bancos del sistema con quienes contrate este servicio.

En este caso, según los listados debidamente depurados que, para tal efecto, la junta de exclusión de activos y pasivos le deberá proporcionar.

El pago de la cobertura de los depósitos en moneda nacional del banco de que se trate, se hará en quetzales y la de los depósitos en moneda extranjera en dólares de los Estados Unidos de América.

Para calcular el monto de cobertura equivalente en moneda extranjera, se aplicará al monto de cobertura en moneda nacional, el tipo de cambio de referencia para la compra del quetzal con respecto al dólar de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco de Guatemala, vigente el día en que la junta de exclusión de activos y pasivos solicite al Banco de Guatemala que haga efectiva la cobertura.

#### **2.5.5. Junta de exclusión de activos y pasivos**

Esta se organiza, cuando la Junta Monetaria suspende las operaciones de un banco o de una sociedad financiera, en los casos siguientes:

a) Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones; y,

- b) Cuando la deficiencia patrimonial sea superior al cincuenta por ciento del patrimonio requerido conforme esta ley.

Asimismo, la Junta Monetaria podrá decidir la suspensión de operaciones de la entidad de que se trate, por la falta de presentación del plan de regularización o el rechazo definitivo del mismo por parte de la Superintendencia de Bancos o el incumplimiento de dicho plan, o por otras razones debidamente fundamentadas en informe del Superintendente de Bancos.

El objetivo de la junta de exclusión de activos y pasivos, es el de excluir los activos y pasivos privilegiados de la entidad suspendida, salvaguardando los intereses del público, previo a la suspensión definitiva de operaciones. La Junta Monetaria a propuesta de la Superintendencia de Bancos, deberá nombrará la junta de exclusión de activos y pasivos, conformada por tres miembros; la cual depende funcionalmente del Superintendente de Bancos, quien dará cuenta de su actuar a la Junta Monetaria.

## **2.6. Ley de Supervisión Financiera**

El Congreso de la República, bajo el Decreto número 18-2002, del 10 de mayo de 2002, emitió la denominada Ley de Supervisión Financiera, la cual cobró vigencia a

partir del 01 de junio de 2002., este decreto, establece que corresponde al órgano supervisor, velar porque las entidades sujetas a su vigilancia e inspección mantengan la liquidez y solvencia adecuada que les permita atender de manera oportuna sus obligaciones en función de la protección de los ahorrantes que confían sus fondos en dichas entidades.

Asimismo, indica las funciones y organización de la Superintendencia de Bancos, como órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga, según lo indica el Artículo 133 de la Constitución de la República de Guatemala.

### **2.6.1. Fortalecimiento del Fondo la Protección del Ahorro**

El riesgo para un banco, desde el punto de vista jurídico, puede ser por el no; mantenimiento de los niveles adecuados de efectivo, básicamente se manifiestan en lo siguiente: mantenimiento de posiciones mensuales de encaje negativas, en el sentido de que los requerimientos de encaje, como una reserva proporcional de las obligaciones depositarias que la entidad bancaria tiene a su cargo, es mayor al monto de los encajes computables sean estos saldos en caja, Banco Central, cuenta encaje y cheques a compensar que no sean acreditados a cuentas encajables, lo cual constituye

una infracción al Artículo 43 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, que tipifica dicha obligatoriedad.

En este sentido, es importante resaltar que en el Artículo 70 y 73 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, establece las sanciones que se derivan de las deficiencias en la posición mensual de encaje presentada por los bancos. El Artículo 70 de la ley aludida, establece que cuando una entidad este sometida a un plan de regularización no podrá pagar dividendos ni otorgar préstamos a sus accionistas, gerente general o a empresas vinculadas o relacionadas a está.

La literal b) del Artículo 73 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, establece que los bancos que presenten deficiencias de encaje legal por dos meses consecutivos o bien por tres meses distintos durante un período de un año, deberán presentar plan de regularización con los plazos y características mencionadas en los Artículos 70 y 71, y en su Artículo 75 contempla que la Junta Monetaria deberá suspender de inmediato las operaciones de un banco, cuando éste haya suspendido el pago de sus obligaciones, en materia de encaje legal es sumamente importante que los bancos mantengan las cantidades necesarias de disponibilidades, pues de no hacerlo, el mismo podría ser objeto de liquidación.

Cabe indicar que, en esta materia y con el ánimo de eludir el encaje legal, algunos bancos han adoptado la práctica de realizar las denominadas operaciones fuera de balance, las que mediante la negociación de inversiones con sus depositantes, mantienen disminuidas durante el mes las obligaciones de encaje, mostrando un encaje requerido menor al que corresponde en función de sus depósitos reales y un nivel de inversión obligatoria que tampoco corresponde a la totalidad de sus obligaciones depositarias, aspectos que conllevan un alto riesgo. Otra manera de eludir el encaje es el de excluir depósitos del balance general o contabilizarlos en cuentas diferentes a su naturaleza, con el propósito principal de reducir el encaje requerido, no reflejando en la información financiera el saldo real de sus cuentas.

Para que los bancos mantengan una buena liquidez, están obligados a mantener recursos disponibles en efectivo o inversiones en títulos valores de inmediata realización, con el objeto de cumplir oportunamente con sus obligaciones; es decir, si un banco tiene políticas crediticias adecuadas, y estas son observadas al otorgar créditos, casi seguro que va a recuperar el capital que está prestando, adicionalmente, está asegurando el cobro oportuno de sus intereses, lo cual le permitirá manejar el nivel de disponibilidades que necesita para cumplir con sus obligaciones financieras y legales.

Los riesgos anteriores, se originan por la administración de las instituciones bancarias, sin embargo, existe un riesgo que afecta a todos los bancos, sean estos con una buena

liquidez, el cual consiste en la corrida del rumor de que cierto banco puede quebrar, los depositantes pueden retirar sus fondos del mismo, aunque éstos estén cubiertos por el Fondo para la Protección del Ahorro; por lo cual el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República, tipifica como delito el pánico financiero, penalizando esta conducta humana.

En estas condiciones, un banco puede verse imposibilitado de atraer nuevos depósitos en cantidad suficiente, como consecuencia bajarán los saldos de las cuentas de depósito existentes.

### **2.6.2. Encaje bancario**

Aunque originalmente el encaje surgió como un instrumento para asegurar en alguna medida, la existencia de fondos en efectivo para atender los retiros normales de depósitos por parte de los cuentahabientes, en los últimos años, el Banco de Guatemala ha utilizado este instrumento como herramienta de regulación monetaria y no como un resguardo de liquidez, en virtud que permite ejercer una gran influencia sobre las disponibilidades de recursos en la economía y el que más se presta a controlar la expansión o contracción del crédito. El cumplimiento del encaje es un indicador que permite determinar la buena o mala administración que se haga de los recursos obtenidos por un banco.

### **2.6.3. Definición de encaje bancario**

El encaje bancario se define como una reserva constituida por los bancos del sistema en el Banco de Guatemala para resguardar en parte, los intereses de los cuenta habientes, es también un instrumento de política monetaria que permite al Banco de Guatemala, restringir o ampliar el medio circulante de acuerdo con las condiciones monetarias del país.

La captación de recursos monetarios de los cuenta habientes por parte de las instituciones bancarias, a través de depósitos, se encuentra sujeta a requerimiento de encaje bancario con base en lo dispuesto en el Artículo 43 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, el cual establece: Los depósitos bancarios están sujetos a encaje bancario, el cual se calculará, en moneda nacional o extranjera, como un porcentaje de la totalidad de tales depósitos. Este encaje bancario deberá mantenerse constantemente en forma de fondos en efectivo en las cajas de los Bancos del sistema nacional, y, cuando las circunstancias lo ameriten, de inversiones líquidas en títulos, documentos o valores, nacionales o extranjeros, de acuerdo con los reglamentos que para el efecto emita la Junta Monetaria.

De igual manera están sujetos a encaje bancario otras operaciones pasivas, contingentes o de servicios que realicen los bancos, incluyendo las operaciones derivadas de fideicomisos en las que participe un banco como fiduciario, cuando con

estas operaciones, a juicio de la Junta Monetaria, previo informe de la Superintendencia de Bancos, se elude el encaje bancario.

#### **2.6.4. Porcentajes utilizados en el cálculo de encaje**

La Ley Orgánica del Banco de Guatemala faculta a la Junta Monetaria para regular, de manera general y uniforme, el encaje bancario, por lo que es ella la que fija el porcentaje de encaje de los depósitos bancarios, el porcentaje vigente del encaje bancario aplicado a los depósitos bancarios y a otras operaciones pasivas, contingentes o de servicios es del 14.6% para moneda nacional como para moneda extranjera, tal como lo indica el Artículo 3 del reglamento para el encaje bancario, contenido en resolución de Junta Monetaria JM-177-2002.

La cuenta encaje es remunerada por el Banco de Guatemala, únicamente el 0.6% de los saldos de las cuentas que se especifican en el anexo 3 de la resolución JM-177-2002 y el 14.6% de los saldos de las cuentas detalladas en el anexo 4 de la misma resolución, tanto en moneda nacional como extranjera, para su cálculo el Banco de Guatemala, toma de base las cifras reportadas por los bancos del sistema, en el estado diario de encaje en moneda nacional y moneda extranjera.

### **2.6.5. Cuentas afectas al encaje bancario**

Los bancos sistema deben mantener en forma permanente en el Banco de Guatemala en depósitos de inmediata exigibilidad, una reserva en proporción a sus obligaciones depositarias que tuvieren a su cargo, para el cálculo del encaje bancario deben incluirse las cuentas que integran tanto el encaje computable como el encaje requerido, con dicha información, se determina la posición diaria del encaje.

De conformidad con la Resolución de Junta Monetaria JM-177-2002 del 01 de junio de 2002, los bancos del sistema deben enviar a diario el saldo de las cuentas que integran el encaje computable y el encaje requerido a la Superintendencia de Bancos, tanto en moneda nacional como extranjera.

### **2.6.6. Cálculo del encaje bancario**

De conformidad al reglamento de encaje bancario, los encajes bancarios deberán de alcanzar por lo menos los montos mínimos que establezca la Junta Monetaria, dentro de estas disposiciones tiene como fin regular los fondos en efectivo de los bancos; para los efectos el encaje, no podrán ser superiores al 25% del monto total a que ascienda el encaje requerido.

El Artículo 8 del Reglamento del Encaje Bancario establece que la posición de encaje de los bancos se determina diariamente con base en el monto de los encajes computables y de las obligaciones afectas al encaje y, la posición mensual de encaje de los bancos está definida como la suma algebraica de los excesos y las deficiencias de encaje que ocurrieren en cada uno de los días del mes, dividida entre el número de días del mismo mes.

En el Artículo 11 del reglamento establece lo siguiente, se permite a los bancos que las deficiencias de encaje en uno o más días puedan ser compensadas con los excesos de encaje de los demás días dentro del mismo mes. Esta situación se debe a que en cualquier momento puede presentarse un retiro importante a través de la Cámara de Compensación, que pueda provocar posición diaria de desencaje.

El Reglamento del encaje bancario en su Artículo 11 establece un número máximo mensual de 14 días durante los cuales los bancos podrán permanecer en desencaje, sin embargo, la suma de los desencajes dividida entre 14 días, no podrá exceder del 20% del promedio del encaje diario requerido, como ya se indicó el encaje no es una herramienta que evalúe la liquidez en su totalidad.

Sin embargo, de alguna manera puede utilizarse como indicador complementario de la liquidez que un banco tenga a una fecha determinada, ya que prácticamente compara el efectivo con las obligaciones a corto plazo, es decir que un banco que disponga de un adecuado manejo de sus recursos, deberá tener siempre una posición positiva de encaje, ya que deberá ser mayor su circulante que sus obligaciones.

Es de mencionar que para el cálculo del encaje bancario de las instituciones bancarias, es necesario contar con los saldos contables de las cuentas antes mencionadas. Por lo que el inversionista interesado en invertir en una institución bancaria, esto no implica que tendrá los elementos para determinar la posición de encaje de los bancos, pero si podrá monitorear el encaje de su banco o banco que le interese invertir, a través de las publicaciones que mensualmente que realiza la Superintendencia de Bancos publica en los diarios de mayor circulación del país.

### **2.6.7. Operaciones especiales del encaje**

Las instituciones bancarias pueden realizar ciertas operaciones para evitar encajar todas sus obligaciones depositarias o incluir todos sus activos sujetos al encaje legal, estas operaciones las pueden hacer de la siguiente forma:

A través de la negociación de títulos valores, este procedimiento consiste en vender a sus propios cuentahabientes, títulos valores de la cartera del banco en forma temporal, con esto la cuenta de títulos valores disminuye y la cuenta de obligaciones depositarias disminuyen, y con ello el encaje requerido disminuye también, este procedimiento se puede realizar en forma diaria, semanal o mensual, según las circunstancias, al final de cada mes, se puede realizar la desinversión de los títulos valores emitidos con los fondos obtenidos a través de las cuentas de depósitos, con el objeto de reflejar el saldo real tanto de la cuenta de inversiones como la de depósitos.

A través del traslado entre cuentas de depósitos, lo que se pretende es trasladar los recursos de depósitos captados del público, a otras cuentas de depósitos de empresas afines a la entidad bancaria, estas empresas administran dichos fondos, invirtiéndolos generalmente en títulos valores en la bolsa de valores, u otras operaciones de diversa índole, uno de los objetivos de este mecanismo, es eludir el encaje, y captar recursos para financiar operaciones de empresas vinculadas a la institución bancaria o relacionadas de los accionistas.

Otra operación especial es a través de la venta de cartera con garantía de pagarés o bonos de prenda se utiliza el mismo procedimiento que en el caso de la negociación de títulos valores, por lo que su objetivo es disminuir el saldo de la cuenta de depósitos y la de cartera crediticia, para el efecto, se proporciona como garantía títulos de crédito que

consisten en certificados de custodia, pero no se transfiere la propiedad de la cartera de créditos, ya que la negociación es temporal.

Se pueden utilizar inversiones en entidades, distintas al banco y consiste en que los bancos realizan captaciones de los depositantes dentro de las instalaciones de los mismos, en nombre de otra entidad que no está supervisada por la Superintendencia de Bancos, emitiendo para ello títulos de créditos, cuyo emisor no es el banco, en la actualidad, los bancos pueden hacer este tipo de operación con las empresas que fueron autorizadas dentro del grupo financiero, el cuentahabiente debe tomar en cuenta que éstos recursos captados no son garantizadas por el Fondo para la Protección del Ahorro.



## **CAPÍTULO III**

### **3. Garantías constitucionales vulneradas e incidencias negativas**

En el presente capítulo se realiza un análisis de las garantías constitucionales vulneradas e incidencias negativas de la aplicación del Artículo 4 del Decreto 26-2012, las garantías constitucionales, la garantía del debido proceso, la prescripción de pleno derecho y las imposiciones al cuentahabiente de fortalecer el Fondo para la Protección del Ahorro.

#### **3.1. Garantía constitucional de la propiedad privada**

Para realizar un análisis dentro del marco jurídico de los derechos reales en nuestro país, se hace necesario iniciar por el estudio de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que por mandato constitucional protege el derecho a la propiedad privada, por lo que se hace necesario realizar un estudio empírico social sobre los siguientes artículos que protegen este derecho.

En el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana e indica que toda

persona puede disponer libremente de sus bienes, así también el Estado garantiza este derecho e indica que deberá de crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 40 limita el derecho a la propiedad privada indicando que podrá ser expropiada estableciendo dos condiciones, una que sea por razones de utilidad colectiva, o beneficio social o interés público debidamente comprobadas, también establece que esta deberá sujetarse a los procedimientos señalados en la ley y que el bien afectado se justipreciará tomando como base su valor actual.

Es de suma importancia tomar en consideración para el presente estudio, lo que establece el último párrafo de tal artículo, que fue uno de los argumentos para la aplicación de la institución de prescripción de pleno derecho, en lo relativo a las cuentas bancarias que no tuvieron movimiento por más de diez años, teniendo como consecuencia la pérdida de esos fondos por muy poco que fueran en perjuicio del patrimonio de los cuentahabientes.

Es de hacer ver que por mandato constitucional se debe de proteger el derecho de propiedad y el constituyente adelantándose a nuestro tiempo dejó plasmado este derecho en el Artículo 41 estableciendo que por causa de actividad o delito político no

puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna, y tajante al indicar que se prohíbe la confiscación de bienes.

Es en este contexto donde parte el presente estudio y aporte académico respectivo, pues lo que se pretende simular con la aplicación del Artículo 4 del decreto 26-2012 es a toda luces confiscar los fondos de las cuentas inactivas, justificando el legislador y dando un plazo para que las instituciones bancarias deberían dentro de un plazo publicitar esta disposición para devolver los fondos a los cuentahabientes lo cual no todas las instituciones bancarias cumplieron, punto que abordaremos más adelante.

### **3.2. Garantía constitucional del debido proceso**

La garantía de un debido proceso es considerado como una de los logros importantes que ha conseguido la lucha por el respeto de las garantías y derechos fundamentales de la persona, como una garantías inexcusable para que la tutela jurisdiccional sea efectiva en todo juzgamiento de un individuo.

#### **3.2.1. Origen y antecedentes del debido proceso**

Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carta magna de 1215, en la que el rey Juan sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras

garantías la del dueprocess of law, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país.

En esa Carta Magna, se aprecia que el debido proceso se consagra incluso para proteger la libertad de la persona humana antes de iniciado el proceso judicial propiamente dicho, presentándose la detención y la prisión como excepciones a la libertad, las mismas que se concretizan previo juicio.

Desde el reconocimiento del debido proceso legal dueprocess of law el Estado monárquico inglés asumió el deber y el compromiso que al momento de restringir las libertades personales, el derecho de propiedad, la posesión, o de cualquier otro bien perteneciente solo a los nobles deberían respetar las garantías previstas en la carta magna, que en ese entonces solo se expresaban en el derecho a un juicio previo legal y a ser tratado con igualdad, es decir, sin discriminaciones.

A diferencia del derecho inglés, en el que era una garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias del estado y contra las penas pecuniarias y confiscaciones, el derecho constitucional de los Estados Unidos, adquiere un gran

desarrollo debido a los aportes del jusnaturalismo, donde el valor de la justicia se encontraba presente en las instituciones inglesas transportadas a América.

La definición de debido proceso se incorporó en la constitución de los Estados Unidos en las enmiendas V y XIV, en la primera de ellas efectuada en 1791 se estableció que ninguna persona sería privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal. En la segunda enmienda realizada en 1866, se dispuso que ningún Estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdicción a persona alguna la igual protección de las leyes. Mientras la V enmienda impone la limitación a los poderes del gobierno federal, la XIV enmienda, establece la misma restricción pero a los poderes de los Estados locales.

Con la evolución de la jurisprudencia americana, a fines del siglo XIX, el debido proceso pasó de ser una garantía procesal de la libertad a una garantía sustantiva, por medio de la cual se limita también al órgano legislativo, es un medio de controlar la racionalidad de las leyes que permite a los jueces verificar la validez constitucional de o los actos legislativos, es decir, que para ser válidos requieren al legislador, al reglamentar los derechos reconocidos por la constitución haya actuado en la forma arbitraria sino dentro de un marco de razonabilidad.

En el código de Magnus Erikson de 1350 de Suecia, la Constitución Neminem Captivabimus de 1430 de Polonia, las leyes Nuevas Indias del 20 de noviembre de 1542; la Hill of Rights inglesa, consecuencia de la revolución de 1688, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789; la Constitución española de 1812, todas estas normas tienen en común establecer las garantías procesales del justiciable, respetando su dignidad como persona.

La garantía del debido proceso ha sido incorporada, en forma más o menos explícita, a la mayor parte de constituciones del siglo XX, no solo del resto del continente americano sino de todo el mundo, además fue incluida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en cuya cláusula 8 se establece que toda persona tiene un recurso para ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por la ley.

Este principio se complementa con la cláusula 10, en la que se preceptúa que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

### **3.2.2. Definición del debido proceso**

En el estudio del debido proceso se encuentra una gran variedad de conceptos desarrollados por la doctrina nacional y extranjera que a nuestro entender resultan deficientes; el tratadista español Gonzalo lo define como: aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por las garantías del juez natural.

El debido proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial, en el debido proceso legal podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad. El autor De Bernardis, es del criterio y sostiene que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial.

Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle cualquiera que este sea, pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle, de esta manera el proceso se

constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a las partes procesales el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad.

El principio del debido proceso no solo se circunscribe en las garantías del proceso, pues tiene una fundamentación axiológica, al encontrarnos ante un concepto cuyo alcance no solamente se limita a un escenario jurisdiccional, sino que son alegables tanto en un ámbito administrativo como incluso en relaciones corporativas entre particulares y, además, que no se limita al mero cumplimiento de ciertas pausas sino que está internamente ligado a la consecuencia del valor justicia, donde prima el valor de seguridad jurídica, que tiene como fundamento el principio de legalidad, y por otro la dimensión axiológica.

La necesidad de enfocar el derecho desde un punto de vista tridimensional se extiende a todo fenómeno jurídico, en caso al tema sub examine, la dimensión normativa, es el conjunto de garantías señalada en la constitución, ellos como parámetros para un proceso válido y eficaz, pero ello siempre aspira hacia una visión valorativa que es la justicia.

El autor Carlos Fernández Sessarego, es del criterio que para una comprensión amplia de lo que es el derecho es necesario, previamente, aproximarnos a la naturaleza de quien es su sujeto o dicho en otros términos, de aquel ente que lo justifica y le otorga

por consiguiente, su razón de ser, para nuestro tema sub examine nos interesa que el ser humano es el centro del ordenamiento jurídico, sin embargo, el vivir implica convivir, también señala el autor citado la anécdota del pez es al agua como el hombre es a la sociedad, el pez fuera del agua es pescado; el problema está como convivir en nuestro país, esta comparación analógica nos permite interpretar de mejor manera lo que significa para el sistema de justicia el principio del debido proceso.

En resumen, puede decirse que el debido proceso es un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías: principios procesales y derechos procesales, que tienen las partes en el proceso; el cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, estas garantías, principios procesales y derechos son *númerus apertus*, teniendo como parámetro a la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana; es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de derecho basado de una democracia sustancial como presupuesto para el desarrollo y eficacia del debido proceso.

### **3.2.3. Análisis histórico de los elementos del debido proceso.**

Hay mucha discrepancia de opiniones en la doctrina, la doctrina española construye este derecho en base de jurisprudencia y trata de acercar el tema sub examine al derecho constitucional. Como es sabido, la historia del proceso en el sistema germano-

romano producto de los acontecimientos sociales que vivieron los pueblos que adoptan este sistema y fruto de la ideología imperante de marco en su tiempo.

La primera etapa, los orígenes, fue la práctica forense en los siglos XVI a siglos XVIII, el objeto de atención era el derecho romano, en su objeto de escribir libros, no aspiraban a hacer ciencia sino de enseñar el modo de proceder, los que escribían eran aquellos que no eran juristas sino prácticos. La segunda es el procedimentalismo en el siglo XIX empieza con la codificación producto de la ideología de la revolución francesa, en base de la sobre valoración de la ley, la concepción se verá en los códigos, la fuente de todo el derecho, fue la plenitud del ordenamiento jurídico, ello fue el conjunto de normas que regulaban la forma de obtener justicia.

La tercera etapa es el procesalismo, a mediados del siglo XIX, en Alemania a través del método casuístico intento hallar reglas comunes del proceso y el concepto del derecho de acción en la polémica de Windscheid y Muther (1856 y 1857) asimismo contribuyeron otros procesalistas, ellos elaboraron una teoría general del proceso, dentro de ella conceptualizaron los principios del proceso como señala Peyrano en su parte introductoria de su libro. Paralelamente el sistema common law tiene su propia peculiaridad histórica y normativa basado en la costumbre es decir el precedente jurisprudencial. Este sistema no predomina las normas escritas, ello no quiere decir que no las existen, lo que pasa la primera fuente de derecho es la jurisprudencia.

En Inglaterra nace el debido proceso como ya se ha señalado, luego pasa a Estados Unidos, después se materializa en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el caso de España fue prescrito en la Constitución Española de 1978, los tribunales españoles comienzan a desarrollar a través de la jurisprudencia el debido proceso, vale decir entra en un proceso de adaptar el debido proceso a nuestro sistema germano-romano.

Los elementos del debido proceso tienen importancia relevante, porque permite alcanzar la finalidad de satisfacer los intereses de los justiciables, pues de nada serviría acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garantice para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva y justa. Las diferencias entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional tienen alcances y características distintas, además el contenido del debido proceso tiene propios atributos con perfiles y alcances distintos, como ya señalamos integrada por principios, garantías, etc., ellos casi siempre se efectiviza en los actos procesales determinados, en cambio el debido proceso es parámetro mínimo del proceso que busca materializar la tutela jurisdiccional efectiva.

Esto se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículos del 6 al 17 y el Artículo 28 primer párrafo; en donde se establece las garantías constitucionales básicas y fundamentales de los principios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

#### **3.2.4. Derecho al debido proceso**

En un estado de derecho, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado, quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo esto es especialmente importante en el principio de legalidad.

Legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una imparcialidad no puede haber debido proceso si el juez es tendencioso o está cargado hacia la farsa judicial.

#### **3.2.5. Derecho de petición**

En el derecho civil, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la proscripción de la institución de la ultra petit, como bien sabemos que el Juez natural no puede resolver más allá de lo que las partes procesales le solicitan.

En el ámbito penal, la sentencia judicial sólo puede establecerse por la ley, por delitos también contemplados por la misma.

### **3.2.6. Derecho al juez predeterminado por ley**

Nuestro ordenamiento jurídico establece la prohibición de establecer un órgano jurisdiccional ad-hoc para el enjuiciamiento de un determinado tema, lo que la doctrina denomina tribunales de excepción, como consecuencia adicional se establece el requisito que todos los órganos jurisdiccionales sean creados y constituidos por ley.

Con la finalidad de garantizar que cualquier particular inmerso en un proceso judicial pueda contar con las mejores formas de defender su derecho y de estar realmente informado del verdadero alcance del mismo; es que se consolida dentro del derecho al debido proceso el derecho de toda persona a contar con el asesoramiento de un letrado, una persona versada en leyes.

De esa forma se busca garantizar el cumplimiento del principio de igualdad y el uso efectivo del derecho de contradicción.

Derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete basado en el reconocimiento al derecho fundamental de la identidad cultural, se señala que toda persona tiene el derecho de ser escuchada por un tribunal mediante el uso de su propia lengua materna. Asimismo, en el caso que una persona comparezca ante un tribunal cuya lengua oficial no es la del particular, éste tiene el derecho a ser asistido por un intérprete calificado.

Este derecho adquiere peculiar significado en zonas geográficas donde la variedad lingüística es amplia principalmente donde es recogido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, su contenido no sólo se entiende a nivel internacional sino incluso nacional en el caso de que dentro de un país exista más de una lengua oficial o la constitución del mismo reconozca del derecho de las personas de usar su lengua materna.

El principio del debido proceso fue una conquista de la revolución francesa, en contra de los jueces venales y corruptos que aplicaban no la justicia más estricta, sino la voluntad del rey. En ese sentido, dentro del moderno estado de derecho, se entiende que todas las personas tienen igual derecho al acceso a la justicia.

Este principio se encuentra consagrado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y es fundamental para mantener la libertad y los derechos de la persona. Por esto mismo la Constitución Política declara que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables; tal garantía es de efecto inmediato.

Este principio se hace valer en nuestro contexto por medio de recursos administrativos y judiciales propios de cada procedimiento o proceso, y en última instancia por medio de la acción constitucional de amparo.

Esta garantía obliga a que la parte procesal sea oída antes de que se tome una decisión judicial en su contra, es principio de carácter constitucional establece que ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Este mandato constitucional, objetivamente impide seleccionar con subjetivamente a un juez distinto del normalmente competente o juez natural. La conducta prohibida es sancionada, como dice la Constitución Política de la República, mediante proceso legal o debido proceso, comprende reglas, principios y etapas que integran el procedimiento administrativo ante autoridad administrativa y del proceso judicial ante juez.

Si bien es cierto que el concepto de debido proceso fue plasmado por primera vez en la Constitución Política de Estados Unidos de América, en nuestro medio a nivel constitucional, la primera referencia corresponde a la Ley Constitutiva decretada por la Asamblea Nacional Constituyente del 11 de diciembre de 1879, que en su Artículo 36 indica que es inviolable en juicio la defensa de la persona y de los derechos, y ninguno podrá ser juzgado por tribunales especiales.

Sin embargo es hasta en la Constitución Política del 15 de septiembre de 1965 cuando se habla de proceso legal en el que se observan las formalidades y garantías esenciales del mismo.

### **3.2.7. Garantías que se deben observar en el debido proceso**

El autor Gozaíni, indica que el debido proceso está compuesto de varias garantías a su vez, siendo estas:

Derecho de prestación que tiene configuración legal: puesto que exige de los poderes públicos la dotación de la administración de justicia, de medios materiales y personales suficientes, a fin de que la tutela judicial puede hacerse efectiva en cualquier tipo de procesos.

Derecho al juez predeterminado con anterioridad a la causa lo que conocemos como juez natural, quien a su vez debe tener las siguientes características: ser imparcial, que asuma su competencia sin desbordes paralizantes; que de curso a la instancia judicial con la asignación del trámite pertinente, que satisfaga con prudencia el control de legitimación ad causam y ad processum; que en su oportunidad valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en el litigio. Y por último que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas. La prevalencia del carácter bilateral del proceso a fines de evitar toda actuación esquiva con el principio de igualdad de consideración y tratamiento: es decir el demandado debe contar con la misma posibilidad defensiva, se debe asegurar el emplazamiento o la notificación en la persona que resulta demandada, por lo que la

citación correcta es una verdadera garantía de acceso, porque a partir de ella es posible efectivizar la defensa; el acto formal de citación tiene tanta importancia que su deficiencia provoca la nulidad de todas las actuaciones a partir del vicio.

El derecho de defensa y a la asistencia legal: la asistencia legal es de vital importancia para equilibrar la lucha de fuerzas y sobre todo, para realizar el principio de contradicción.

El autor Gozaíni indica que además de las garantías con las que cuentan las partes en el proceso se ratifican con otros requisitos de validez intrínseca que pertenecen a los principios de todo procedimiento jurisdiccional, siendo estos:

El principio de publicidad: que es uno de los elementos indispensables para la eficacia y seguridad jurídico con este principio se persigue que cualquiera pueda tener acceso a los tribunales, haciendo las veces de control de la responsabilidad profesional de jueces y abogados.

El principio de igualdad ante la ley: se incorpora al proceso para salvaguardar el equilibrio de las partes, es decir, la concreta posibilidad para que ambas partes cuenten con idénticas oportunidades para demostrar sus afirmaciones.

La duración adecuada del proceso: evitando dilaciones innecesarias, todo proceso debe cumplirse en un tiempo razonablemente prudencial, lo contrario equivale a denegar el servicio jurisdiccional.

El derecho a la prueba: vivifica una posición garantista, donde la posibilidad para demostrar no quede vulnerada en consabidos repliegues de la dogmática, ni deje de enfrentar los infortunios de contingencia.

“Por eso es de suma importancia estudiar la Constitución Política y las demás leyes ordinarias y determinar cuáles son las garantías que incorporan y lo que es más importante si se cumplen.”<sup>20</sup>

### **3.3. Garantías constitucionales**

El Artículo 4 de nuestra Constitución Política establece que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, en el Artículo 21 del Código Procesal Penal se establece que quienes se encuentren sometidos a proceso gozaran de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación. Este principio es importante y los tratadistas al abordarlo también se refieren al principio del contradictorio, que en el proceso se plasma no solo en el

---

<sup>20</sup> Álvarez Mancilla, Erick Alfonso. **Teoría general del proceso**. Pág. 215.

derecho de conocer lo que la otra parte procesal afirma y pretende probar, sino también en poder afirmar y probar lo que conviene a sus intereses.

Así también, en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece que toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada; así también el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y coerción. Sin embargo en la práctica vemos que al sindicado se le trata como presunto culpable y la prisión preventiva se transforma así, en una penal.

El derecho de defensa por mandato constitucional se encuentra regulado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República y establece que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso penal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

### **3.4. Aplicación de la institución de prescripción de pleno derecho**

De acuerdo con el autor Eduardo García de Enterría un acto nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho, es un acto cuya nulidad es intrínseca y carece ab initio de efectos

jurídicos sin necesidad de una previa impugnación, es una ineficacia inmediata, ipso iure, del acto y de carácter erga omnes de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción, es aquí donde el Artículo 4 del Decreto 26-2012 riñe con lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala y bajo este argumento se pretenda despojar a los cuentahabientes de los fondos que pudieran tener en sus cuentas inactivas ya sea por desgano o por otra causa de fuerza mayor no hayan mantenido activas dichas cuentas.

La nulidad del acto supone que el acto es nulo sin necesidad de intervención del juez, en cambio, la anulabilidad tiene efectos más limitados; su régimen viene delimitado por el libre arbitrio del afectado y por la seguridad jurídica.

La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos es un tema controvertido en la doctrina; si bien son muchos los aspectos relativos a esta institución que han generado una serie de discusiones, ya partir de aquí la necesidad de tomar en cuenta las características que corresponden a esta institución, en especial, que reconozca la ineficacia ipso iure de este tipo de actos y la necesidad de contar con los mecanismos procedimentales adecuados para poder expulsar de la realidad jurídica a los mismos.

“Se exponen algunas definiciones fundamentales sobre los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en la doctrina señalando los fundamentos que permiten defender la ineficacia ipso iure de estos actos y la imprescriptibilidad de los medios de

impugnación para solicitar su expulsión de la realidad jurídica, en el ámbito del derecho administrativo una de las nociones que más discusiones ha generado es la de acto administrativo.”<sup>21</sup>

“La tarea de definir esta institución es de vital importancia ya que permitirá delimitar los elementos comunes de los actos procedentes de la Administración que justifican que se les deba aplicar un determinado régimen de derecho administrativo, justamente el característico de los actos administrativos.”<sup>22</sup>

“La nulidad de pleno derecho en la doctrina la define el autor Juan Santamaría, como el régimen de la invalidez de los actos administrativos se encuentra construido, en sus líneas fundamentales, sobre los principios clásicos que esta teoría ha adquirido en el derecho civil a lo largo de la historia.”<sup>23</sup> En la teoría civil sobre este tema se reconocen hasta tres categorías que recogen las modalidades típicas de irregularidad de los actos jurídicos: la nulidad absoluta o de pleno derecho, la anulabilidad o nulidad relativa y la inexistencia.

La nulidad absoluta o de pleno derecho de los actos jurídicos se caracteriza por ser automática e inmediata, teniendo la sentencia efectos declarativos y erga omnes. Al

---

<sup>21</sup> García de Enterría, Eduardo Y Fernández, Tomás- Ramón. **Curso de derecho administrativo I**, 12ª ed., Editorial Thomson- Civitas, Madrid, 2004. Pág. 54.

<sup>22</sup> Abruña, Antonio Y Baca, Víctor. **Notas al curso de derecho administrativo**, Universidad de Piura, Piura, 2002. Pág. 182.

<sup>23</sup> Santamaría, Juan. **Principios de derecho administrativo**, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999. Pág. 151.

estar basada en el orden público, puede ser apreciada de oficio por las autoridades, no se extingue por prescripción ni puede ser subsanada por convalidación.

“El acto jurídico nulo es aquel cuya ineficacia es intrínseca, es decir, cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio”,<sup>24</sup> “el acto nulo, entonces, no produce efectos jurídicos válidos.”<sup>25</sup>

“La anulabilidad de los actos jurídicos, por su parte, no tiene carácter automático e inmediato. Es necesaria su declaración mediante una sentencia que tendrá efectos constitutivos; la anulabilidad, además, sólo puede ser alegada por las personas afectadas y puede ser subsanada por el transcurso del tiempo. El acto jurídico anulable es aquel que tiene todos los aspectos de su estructura y su contenido es perfectamente lícito, sólo que tiene un vicio estructural en su conformación.”<sup>26</sup>

Si bien en la teoría clásica de la invalidez del acto jurídico se aduce que el acto nulo de pleno derecho no produce efectos jurídicos, en un sector de la doctrina se sostiene que dicha afirmación no tiene correlación práctica, pues en la realidad se verifica que el acto jurídico nulo sí produce efectos jurídicos.

---

<sup>24</sup> De Castro y Bravo, Federico. aut. cit. en Espinoza, Juan. **La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia**. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2008. Pág. 23.

<sup>25</sup> Espinoza, Juan. op. cit. Pág. 13-15.

<sup>26</sup> Taboada, Lizardo. **Acto jurídico, negocio jurídico y contrato**, Editorial Grijley, Lima, 2002. Pág 8.

Para efectos de la presente investigación afirmamos que si provocaría efectos jurídicos negativos al aplicar el Artículo 4 del decreto 26-2012, que traería como consecuencia que los cuentahabientes perdieran los fondos que tuvieran depositados en sus cuentas inactivas, por lo que estos efectos deberían de ser desacreditados a través de una sentencia en materia judicial con carácter de efectos declarativos ex nunc.

### **3.5. Imposición al cuentahabiente de fortalecer el Fondo para la Protección del Ahorro**

“En los Estados Unidos de Norte América donde surge La Corporación Federal de Seguro de Depósitos conocida como Federal Deposit Insurance Corporation que abreviado en ingles se conoce como FDIC, la cual fue conformada a consecuencia de la gran depresión que surgiera en el año de 1,929 y la cual tiene como misión garantizar la recuperación del dinero de los depositantes si un banco quiebra”.<sup>27</sup>

Una eficaz red de seguridad del sistema financiero tiene como característica velar que el sistema bancario pueda mantenerse competitivo y le permite operar eficientemente, dentro de márgenes de riesgo razonablemente delimitados, es por ello que se dio origen al seguro de depósitos.

---

<sup>27</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Corporaci%C3%B3n\\_Federal\\_de\\_Seguro\\_de\\_Dep%C3%B3sitos/24032014](http://es.wikipedia.org/wiki/Corporaci%C3%B3n_Federal_de_Seguro_de_Dep%C3%B3sitos/24032014).

En nuestro contexto nacional se crea el Fondo Para la Protección del Ahorro, el cual surge del Decreto número 19-2012, el cual en el considerando tercero indica que aun cuando los bancos tienen una función económica positiva para el país, las mismas carecen de regulación específica, aspecto que podría inducir a tales entidades a asumir excesivos riesgos, en su perjuicio, así como en perjuicio del propio sistema, pero fundamentalmente para los usuarios de tales estructuras, y por ende, para la economía nacional, por lo que es necesario establecer la normativa que prevea lo atinente a grupos financieros y a los mecanismos de su supervisión consolidada de acuerdo con las prácticas internacionales.

Se establece que el Fondo Para la Protección del Ahorro se crea con el objeto de garantizar al depositante en el sistema bancario la recuperación de sus depósitos, en ningún momento se establece que sea el depositante quien deba de fortalecer al Fondo Para la Protección del Ahorro.

Al entrar en vigencia y aplicar el Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que establece que las cuentas bancarias y de ahorro inactivas con un monto menor a un mil quetzales y sin movimiento durante un periodo de diez años, prescribirán de pleno derecho, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, en forma inconstitucional el cuentahabiente está fortaleciendo los fondo para la protección del ahorro en detrimento de sus derechos y sobre todo, en una forma

arbitraria está siendo despojado de su patrimonio y violentando de manera abrupta su derecho y garantía de propiedad privada.

Asimismo en el Artículo 86 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros establece la fuente de financiamiento, y la cobertura hasta un monto de veinte mil quetzales, o su equivalente en moneda extranjera, por persona individual o jurídica que tenga depósitos constituidos en un banco privado o nacional o sucursal de banco extranjero, lo cual riñe con la aplicación del Artículo 4 del Decreto 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene las reformas a Leyes de Bancos y Grupos Financieros y Ley Orgánica del Banco de Guatemala, que cobró vigencia el uno de abril del año 2013.

En tal sentido, el Estado no está garantizando la seguridad jurídica de las personas pues, está disfrazando de una prescripción de pleno derecho, la expropiación del dinero depositado en las cuentas de ahorro; pues si bien es cierto no han tenido movimientos en los últimos diez años están registrados bajo un nombre, lo cual lo hace ser propiedad privada, por lo tanto, se ha adquirido un derecho que por definición es imprescriptible y no se puede perder por el paso del tiempo, ni por la falta de uso.



## **CAPÍTULO IV**

### **4. Análisis jurídico del Artículo 4 del Decreto 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala.**

Derivado de la eminente ilegalidad que se pretende cometer en contra de los cuentahabientes al disponer de sus ahorros, so pretexto de una supuesta aplicación de la institución de prescripción de pleno derecho, es menester aportar este proyecto de inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene las reformas a Leyes de Bancos y Grupos Financieros y Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

#### **4.1. Efectos y consecuencias inconstitucionales de la aplicación del Artículo 4 del Decreto 26-2012.**

Derivado de la eminente ilegalidad que se pretende cometer en contra de los cuentahabientes al disponer de sus ahorros, so pretexto de una supuesta aplicación de la institución de prescripción de pleno derecho, es menester aportar este proyecto de Inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial del Artículo 4 del Decreto 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene las reformas a Leyes de Bancos y Grupos Financieros y Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

En el presente caso se debe de acudir a la inconstitucionalidad en caso concreto, nuestra legislación en materia constitucional establece en su primer considerando que deben existir medios jurídicos que garanticen el irrestricto respeto a los derechos inherentes al ser humano, a la libertad de su ejercicio y a las normas fundamentales que rigen la vida de la República de Guatemala, a fin de asegurar el régimen de derecho.

Así también establece el procedimiento cuando se trate de casos concretos, tal como preceptúa la Ley de Amparo y Exhibición Personal en su Artículo 116; que en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Este tema es de interés general, pues al momento de que entró en vigencia el Decreto número 26-2012 del Congreso de la República, el uno de abril del año dos mil trece, en específico el Artículo 4 que adiciona el Artículo 41 ter, al Decreto 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros, se están vulnerando a todas luces derechos constitucionales, pues es obligación del Estado, garantizar a los habitantes de la República de Guatemala, la vida libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

En este orden de ideas, el Estado no está garantizando la seguridad jurídica de las personas pues como ya indique en diferentes etapas de esta investigación, se está justificando con la utilización de la prescripción de pleno derecho, la expropiación del dinero depositado en las cuentas de ahorro; pues si bien es cierto no han tenido movimientos en los últimos diez años están registrados bajo un nombre, lo cual lo hace ser propiedad privada, en el cual se ha adquirido un derecho que por definición es imprescriptible, es decir, no se puede perder por el paso del tiempo ni por la falta de uso.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que la propiedad privada solo podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, debidamente comprobadas; y, así mismo, la expropiación debe de sujetarse a los procedimientos legales previamente establecidos; el bien afectado debe justipreciarse por expertos tomando como base su valor actual y la indemnización debe ser previa y en moneda efectiva y de curso legal, a menos que, con el interesado se convenga de otra manera.

Además, en las disposiciones transitorias del decreto mencionado, se les ordena a las entidades bancarias informar sobre esta reforma a los cuentahabientes, en un plazo de 90 días y a la fecha, estas entidades no han cumplido con dicha obligación.

Derivado de la aplicación del Artículo 4 del Decreto 26-2012 se desestimula la cultura de ahorro dado que nuestra economía ni siquiera está considerada dentro de las economías emergentes.

En tal contexto, se considera que lo más idóneo es que la Superintendencia de Bancos, debe de asumir su papel de fiscalización y supervisión sobre las entidades bancarias y velar por que el Fondo para la Protección del Ahorro sea fortalecido mediante el encaje bancario, el cual por obligación debe de ser aportado según las obligaciones y activos registrados por cada entidad bancaria.

Además, sería adecuado solicitar que este artículo sea declarado inconstitucional, en caso concreto, toda vez que se evidencia que vulnera derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

#### **4.2. De las Instituciones que se les debe dar intervención dentro de la presente Acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial**

Es importante considerar dar audiencia a las instituciones relacionadas que permitan que la acción de inconstitucionalidad sea declarada con efecto y permita la solución a la problemática planteada en la investigación.

#### **4.2.1. Congreso de República de Guatemala**

Se deberá de dar audiencia por el plazo de quince días al Congreso de la República de Guatemala, potestad legislativa corresponde al Congreso de la Republica, el cual está compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Tal como lo preceptúa el Artículo 71 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, los diputados del congreso tienen el compromiso de consolidar la organización jurídica y política de Guatemala, afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, responsabilizando al Estado de la Promoción del bien común, de la consolidación del régimen de la legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad, y paz.

Así también el Artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala le delega estas atribuciones:

- a) Decretar, reformar y derogar las leyes;
  
- b) Aprobar, modificar o improbar, a más tardar treinta días antes de entrar en vigencia, el presupuesto de ingresos y egresos del Estado. El ejecutivo deberá enviar el

proyecto de presupuesto al Congreso con ciento veinte días de anticipación a la fecha en que principiará el ejercicio fiscal. Si al momento de iniciarse el año fiscal, el presupuesto no hubiere sido aprobado por el Congreso, regirá de nuevo el presupuesto en vigencia en el ejercicio anterior, el cual podrá ser modificado o ajustado por el Congreso;

- c) Decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado y determinar las bases de su recaudación;
- d) Aprobar o improbar anualmente, en todo o en parte, y previo informe de la Contraloría de Cuentas, el detalle y justificación de todos los ingresos y egresos de las finanzas públicas, que le presente el ejecutivo sobre el ejercicio fiscal anterior;
- e) Decretar honores públicos por grandes servicios prestados a la nación. En ningún caso podrán ser otorgados al presidente o vicepresidente de la República, en el período de su gobierno, ni a ningún otro funcionario en el ejercicio de su cargo;
- f) Declarar la guerra y aprobar o improbar los tratados de paz;
- g) Decretar amnistía por delitos políticos y comunes conexos cuando lo exija la conveniencia pública;

- h) Fijar las características de la moneda, con opinión de la Junta Monetaria;
  
- i) Contraer, convertir, consolidar o efectuar otras operaciones relativas a la deuda pública interna o externa. En todos los casos deberá oírse previamente las opiniones del ejecutivo y de la junta monetaria;

Para que el Ejecutivo, la Banca Central o cualquier otra entidad estatal puedan concluir negociaciones de empréstitos u otras formas de deudas, en el interior o en el exterior, será necesaria la aprobación previa del Congreso, así como para emitir obligaciones de toda clase:

- Aprobar o improbar los proyectos de ley que sobre reclamaciones al Estado, por créditos no reconocidos, sean sometidos a su conocimiento por el Ejecutivo y señalar asignaciones especiales para su pago o amortización. Velar porque sean debidamente pagados los créditos contra el Estado y sus instituciones derivados de condenas de los tribunales;
- Decretar, a solicitud del organismo ejecutivo, reparaciones o indemnizaciones en caso de reclamación internacional, cuando no se haya recurrido a arbitraje o a juicio internacional;
- Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando:

- Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos.
- Afecten el dominio de la nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano.
- Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del presupuesto de ingresos ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado.
- Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales.
- Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional; y
- Nombrar comisiones de investigación en asuntos específicos de la administración pública, que planteen problemas de interés nacional.

#### **4.2.2. Banco de Guatemala**

También se le debe dar audiencia por el plazo de quince días al Banco de Guatemala, cuyo objetivo fundamental es de contribuir a la creación y al mantenimiento de las

condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional y promover la estabilidad en el nivel general de precios.

Estas atribuciones se encuentran reguladas en el Artículo 26 inciso h) del Decreto número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Banco de Guatemala, que dispone que una de las atribuciones de la Junta Monetaria es aprobar o modificar la estructura administrativa del Banco de Guatemala, a propuesta del gerente general. Asimismo, el Artículo 32 del referido Decreto establece que el gerente general tendrá bajo su responsabilidad la administración del Banco de Guatemala y responderá ante el presidente de esta institución y ante la Junta Monetaria del correcto y eficaz funcionamiento del banco.

Por mandato constitucional es potestad exclusiva del Estado, emitir y regular la moneda, así, como formular y realizar las políticas que tiendan a crear, y mantener condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado de la economía.

Las actividades monetarias, bancarias y financieras, están 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.

La Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional, con la finalidad de garantizar la estabilidad, cambiaria y crediticia del país, la Junta Monetaria no podrá autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto, garantía o aval al Estado, a sus entidades descentralizadas o autónomas ni a las entidades privadas no bancarias.

#### **4.2.3. Superintendencia de Bancos**

La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y a las demás que la ley disponga, en ese sentido considero que también se le debe de dar intervención por el plazo de quince, por ser un órgano de la banca central.

La Ley de Supervisión Financiera en sus Artículos 1 y 2 establece su naturaleza y objeto, en el cual establece que la Superintendencia de Bancos es un órgano de banca central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades

afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y otras.

Según el Artículo 2 de la relacionada ley da la facultad de supervisión a la Superintendencia de Bancos y establece que tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, que goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial. La función de supervisión no implica que la Superintendencia de Bancos adquirirá responsabilidades sobre las operaciones de las entidades bajo su vigilancia.

#### **4.2.4. Asociación Bancaria de Guatemala**

Considero que se debe de incluir a la Asociación Bancaria de Guatemala, a quien también se le debe de dar audiencia por el plazo de quince días para que se pronuncie al respecto, ya que como lo establecen sus estatutos es una asociación civil, privada, de carácter gremial, accionada con personalidad jurídica propia y distinta de cada una de las entidades que la integran, reconocida por el organismo ejecutivo, apolítica, no lucrativa ni religiosa, con capacidad para ejercer toda clase de actos y celebrar contratos relacionados con sus objetivos y finalidades, la asociación no será

considerada empresa mercantil, por el hecho de establecerse, con la autorización del Estado, en forma accionada.

Al tenor del Artículo 3 de sus estatutos podemos establecer sus objetivos, siendo estos:

- a) Agremiar a las instituciones bancarias autorizadas para operar en el país, así como velar y defender los intereses de sus miembros, oportuna y diligentemente;
- b) Promover el mejoramiento e incremento de los servicios bancarios, congruentes con el crecimiento económico del país;
- c) Emitir opinión en los proyectos de ley y reglamentos que sobre materias financieras o que se relacionen con el sistema bancario surgieren, así como gestionar ante las autoridades y organismos respectivos la emisión de aquellas disposiciones que considere convenientes, o la modificación de los existentes;
- d) Propugnar por la modernización de las prácticas bancarias y de los instrumentos financieros para propiciar el ahorro y estimular la inversión en proyectos que beneficien el desarrollo económico nacional;
- e) Velar porque se mantengan las mejores condiciones financieras y de confianza en el País;
- f) Velar porque la estructura institucional del sistema bancario, permita el mejor desenvolvimiento de sus actividades en general, en consonancia con las prácticas modernas, tanto a nivel nacional como internacional;

- g) Coadyuvar para que el sistema financiero nacional, mantenga una corriente fluida de recursos que garanticen el normal desarrollo de las actividades productivas del País;  
y,
- h) Cualquier otra actividad que directa o indirectamente coadyuve en el logro de los objetivos anteriores.

Dentro de los medios de acción con los que cuenta están:

- a) Promover y realizar estudios sobre aspectos económico-financieros del país, especialmente aquellos que incidan en la banca;
- b) Propiciar la celebración de seminarios, conferencias y toda clase de eventos, tendientes al logro de los objetivos de la asociación;
- c) Recomendar a las autoridades competentes, políticas que permitan a sus miembros conservar un ritmo creciente de sus actividades, para atender adecuadamente las necesidades de los sectores productivos;
- d) Representar a las instituciones asociadas ante organismos del Estado y entidades nacionales o extranjeras e internacionales;
- e) Fomentar las relaciones entre sus miembros y con asociaciones similares, especialmente con las de los demás países centroamericanos;

- f) Colaborar con sus miembros en la preparación y tecnificación de su personal, promoviendo la creación e institucionalización de los centros que para el efecto se consideren convenientes;
- g) Actuar como centro de información de materias financieras para divulgarla, especialmente entre sus miembros;
- h) Crear o promover servicios especializados que coadyuven al mejor funcionamiento y desarrollo del sistema bancario;
- i) Servir de foro para que sus miembros puedan mantener un intercambio constante de experiencias y adoptar, oportunamente, las decisiones más recomendables; y,
- j) Cualquier otro medio de acción conducente al logro de sus objetivos.

#### **4.3. Propuesta del proyecto de acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general**

Como un aporte de este trabajo de investigación se presenta a continuación la propuesta del proyecto de acción de Inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial, en contra del Artículo 4 del Decreto 26-2012, del Congreso de la Republica, que adiciona el Artículo 41 ter al Decreto número 19-2012 Ley de Bancos y Grupos Financieros, en la cual realizó un análisis jurídico de las normas a invocar y de acuerdo al criterio del investigador se debe de declarar inconstitucional el artículo relacionado.

**HONORABLE MAGISTRADOS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONAL.....**

ROCIÓ BETSABÉ NORIEGA VALIENTE, de veintisiete años de edad, soltera, guatemalteca, estudiante, de este domicilio, me identifico con el documento personal de identificación con código único número dos mil cuatrocientos ochenta y cuatro espacio sesenta y ocho mil ochocientos cincuenta y cinco espacio cero ciento uno, extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, respetuosamente comparezco y;

**EXPONGO**

1.- Dirección y Procuración.

Actúo bajo la dirección y Procuración de los Abogados que me Auxilian; Eddy Rene Lec Ruano, Esly Herrera Montenegro, Luis Eduardo Lemus Arias.

2.- Lugar para recibir citaciones y notificaciones.

Señalo como lugar para recibir citaciones y notificaciones la séptima avenida ocho guion cincuenta y seis de la zona uno, oficina novecientos doce, Edificio El Centro, de esta ciudad capital.

3.-Personería.

Actuó en mi calidad de ciudadana y por tener cuentas bancarias en las diferentes instituciones bancarias que operan en el país.

## RAZÓN DE MI GESTIÓN.

En la calidad con que actúo comparezco a interponer ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY DE CARÁCTER GENERAL, PARCIAL, en contra del Artículo 4 del decreto 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que adiciona el Artículo 41 ter al decreto número 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros toda vez que afecta mis derechos constitucionales y vulnera la protección constitucional del derecho de la propiedad privada.

La inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial, es planteada en virtud que el Artículo 133. De la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que el planteamiento de la inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad.

## HECHOS.

### I. ANTECEDENTES.

Derivado de la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que adiciona el Artículo 41 ter, al Decreto número 19-2002 que entro en vigencia el uno de abril del año dos mil trece, que contiene las reformas a Leyes de Bancos y Grupos Financieros y Ley Orgánica del Banco de Guatemala, que

cobró vigencia el uno de abril del año 2013, con el cual se pretende el fortalecimiento del Fondo para la Protección del Ahorro.

Según, indica el presidente del Banco de Guatemala, señor Edgar Barquín, se han ubicado 143,617 cuentas de ahorro que no han tenido movimientos en los últimos diez años y su saldo es menor de mil quetzales, en su conjunto dichas cuentas hacen un total de Q15.2 millones, esta cantidad será destinada al fortalecimiento del Fondo para la Protección del Ahorro.

Este Decreto les ordena a las entidades bancarias hacer de conocimiento a los cuentahabientes sobre esta normativa y ninguna entidad lo hizo, esta reforma es a todas luces inconstitucional, porque el Estado estaría expropiando expresamente el patrimonio de los cuentahabientes, que en este caso lo constituyen los ahorros de los mismos, que por mínimos que sean, son de propiedad privada y de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala, la propiedad privada solo puede ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, debidamente comprobadas; así mismo, la expropiación debe sujetarse a los procedimientos legales.

La institución de la propiedad, limitada a sus elementos indispensables, consiste en el reconocimiento del derecho que tiene cada persona a disponer, exclusivamente, de

todo lo que pueda haber producido por su esfuerzo personal o recibido de los productores por título de dación o de leal consentimiento, sin emplear ni la fuerza ni el fraude, la base de todo es el derecho de los productos sobre lo producido por ellos mismos.

El autor Fisher-Dornbusch, es del criterio que en relación al dinero es todo aquel medio de pago generalmente aceptable, que puede ser utilizado para efectuar pagos sin limitaciones, esto significa que puede utilizarse en cualquier momento para pagar cualquier cantidad a cualquier persona.

## B DEL PROCEDIMIENTO IMPLEMENTADO

### APLICACIÓN CONSTITUCIONAL DE NORMAS AL CASO CONCRETO.

#### A. INTRODUCCIÓN.

En mi calidad de ciudadana considero como violado los Artículos 12, 17, de la Constitución Política de la República de Guatemala; 4 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 16 de la Ley del Organismo Judicial, al reformar el Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 19-2012 Ley de Bancos y Grupos Financieros, que adiciona el Artículo 41 ter.

Por lo anterior, solicito a este máximo órgano constitucional que al resolver declare con lugar la inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial, como consecuencia se declare la inaplicabilidad del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que adiciona el Artículo 41 ter, al Decreto número 19-2002 Ley de Bancos y Grupos financieros en virtud que dicha norma contradicen frontalmente los Artículos 12,17, de la Constitución Política de la República de Guatemala; 4 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 16 de la Ley del Organismo Judicial.

B. DE LA EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS POR LOS CUALES SE CONSIDERA INCONSTITUCIONAL LA AMPLIACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO NÚMERO 26-2012 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, QUE ADICIONA EL ARTÍCULO 41 TER AL DECRETO 19-2002 LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS.

b.1 DE LAS NORMAS APLICADAS INCONSTITUCIONALMENTE.

Al aplicar el Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala que adiciona el Artículo 41 ter al Decreto número 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros, con el texto siguiente: Artículo 41 Ter. Cuentas de depósitos inactivas. Las cuentas de depósitos monetarios y de ahorro en moneda nacional, con saldos menores a un mil quetzales (Q.1,000.00) y las cuentas de depósitos monetarios y de ahorro en moneda extranjera, con saldos menores a ciento veinticinco dólares de

los Estados Unidos de América (US\$125.00), que durante un periodo de diez 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.

#### b.2 DE LAS NORMAS VIOLADAS.

El Artículo 12 de la Constitución Política de la República estipula, que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

El Artículo 17 de la citada Carta Magna, afirma que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.

El Artículo 4 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, estipula que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente preestablecido.

En todo procedimiento administrativo o judicial deben guardarse y observarse las garantías propias del debido proceso.

El Artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial, estipula que es inviolable la defensa de la persona y sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud del procedimiento que reúna los mismos requisitos.

### b.3 ANÁLISIS

Con la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala que adiciona el Artículo 41 ter al decreto número 19-2002, se conculcan mis derechos y garantías constitucionales siguientes:

Debido proceso; acerca del citado precepto constitucional, la Corte de Constitucionalidad ha reiterado en innumerables casos lo siguiente; el debido proceso constituye el medio sine qua non para arbitrar la seguridad jurídica, de esa cuenta, su institución se ha constitucionalizado con la categoría de derecho fundamental propio y como garantía de los demás derechos, especialmente el de defensa, no es, entonces, una cuestión meramente técnica, sino incluye una especial consideración garantista. (Gaceta 95 expediente 3803-2009. Resolución de fecha 27-01-2010).

Seguridad jurídica y tutela judicial, para lo cual la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 2: establece que es deber del Estado garantizarle a los

habitantes de la Republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. La Corte de Constitucionalidad ha desarrollado el anterior precepto en el siguiente sentido: en cuanto a la seguridad jurídica, que establece el artículo relacionado se refiere, concretamente a la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un estado de derecho, hacia un ordenamiento jurídico, en tal virtud las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes y principalmente la ley fundamental, gaceta número 91 (expediente 3350-2008. Resolución de fecha 29-01-2008).

Para que el derecho de la tutela judicial se estime respetado, quien acude al ente jurisdiccional, además de acceder al mismo y de que sus pretensiones se gestionen conforme el debido proceso, debe encontrar solución a la controversia formulada mediante la emisión de resoluciones fundadas y motivadas, que den respuesta o solución al debate sometido a conocimiento del tercero imparcial que es el juez (Gaceta 81. Expediente 1066-2006. Resolución de fecha 16-08-2006).

Con base en lo expuesto, podemos afirmar que los Artículos 12,17, de la Constitución Política de la República de Guatemala, 4 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 16 de la Ley del Organismo Judicial; han sido violados directamente, debido a su aplicación al caso concreto que nos ocupa.

Del silogismo jurídico expuesto es una conclusión ineludible e inevitable, que en el presente caso, es inconstitucional la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 que adiciona el Artículo 41 ter al Decreto número 19-2002, pues viola frontalmente los Artículos 12,17, de la Constitución Política de la República de Guatemala, 4 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 16 de la Ley del Organismo Judicial.

Por lo tanto es necesario e imperativo, declarar la inconstitucionalidad en el caso concreto, y en consecuencia su inaplicabilidad.

#### FUNDAMENTO DE DERECHO.

**SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.** Conforme el Artículo 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 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. Por otra parte, el Artículo 115 del mismo cuerpo legal, estipula que serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversan. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho.

## INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

ARTÍCULO 133. Planteamiento de la inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad.

ARTÍCULO 134. Legitimación activa. Tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general:

- 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.

ARTÍCULO 135. Requisitos de la solicitud. La petición de inconstitucionalidad se hará por escrito, conteniendo en lo aplicable los requisitos exigidos en toda primera solicitud conforme las leyes procesales comunes, expresando en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación.

## LEY DE AMPARO, EXHIBICIÓN PERSONAL Y DE CONSTITUCIONALIDAD

ARTÍCULO 136. Omisión de requisitos. Si en el memorial de interposición se hubieren omitido requisitos, la Corte de Constitucionalidad ordenará al interponente suplirlos dentro de tercero día.

ARTÍCULO 137. Integración de la Corte por inconstitucionalidad de una ley. Cuando la inconstitucionalidad planteada sea contra una ley, la Corte de Constitucionalidad se integrará con siete miembros en la forma prevista en el artículo 269 de la Constitución.

ARTÍCULO 138. Suspensión provisional. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136, la Corte de Constitucionalidad deberá decretar, de oficio y sin formar artículo, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general si, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.

La suspensión tendrá efecto general y se publicará en el Diario Oficial al día siguiente de haberse decretado.

ARTÍCULO 139. Audiencia, vista y resolución. Si no se dispone la suspensión provisional o, en su caso, decretada ésta, se dará audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente, transcurridos los cuales, se haya evacuado o no la audiencia, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días. La vista será pública si lo pidiere el interponente o el Ministerio Público. La sentencia deberá pronunciarse dentro de los veinte días siguientes al de la vista.

La Corte deberá dictar sentencia dentro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad.

ARTÍCULO 140. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.

ARTÍCULO 141. Efectos del fallo en caso de suspensión provisional. Cuando se hubiere acordado la suspensión provisional conforme al artículo 138, los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión.

ARTÍCULO 142. Resolución definitiva. Contra las sentencias de la Corte de Constitucionalidad y contra los autos dictados de conformidad con lo preceptuado por el artículo 138, no cabrá recurso alguno.

MEDIOS DE PRUEBA.

DOCUMENTAL.

1.- La existencia de cuentas bancarias, ya que el solo hecho de su apertura se acredita la legitimidad para promover la presente acción de inconstitucionalidad en caso concreto, en contra del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la

República de Guatemala, que adiciona el Artículo 41 ter al Decreto número 19-2002.  
Ley de Bancos y Grupos Financieros.

PETICIÓN.

DE TRÁMITE.

Que se admita para su trámite en el presente memorial y se agregue a sus antecedentes.

Que se tome nota de la dirección y procuración profesional bajo la que actúo y del lugar señalado para recibir citaciones y notificaciones.

Que se tenga por acreditada la calidad con que actúo.

Que se tenga por interpuesto la presente acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial, en contra del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que adiciona el Artículo 41 ter, al Decreto número 19-2002 Ley de Bancos y Grupos financieros.

Que se dé trámite a la presente acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general, parcial y se de audiencia por el término de quince días al Congreso de la República de Guatemala, al Banco de Guatemala, a la Superintendencia de Bancos, a la Junta Monetaria, a la Asociación Bancaria de Guatemala, al Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal.

B. DE FONDO.

1. Que se declare con lugar el presente incidente de inconstitucionalidad en caso concreto, y en consecuencia se declare inconstitucional la aplicación del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que adiciona el Artículo 41 ter al Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

2.- Que se decrete la suspensión provisional del Artículo 4 del Decreto número 26-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que adiciona el Artículo 41 ter al Decreto número 19-2002. Ley de Bancos y Grupos Financieros.

#### CITA DE LEYES.

Fundo mis peticiones en los artículos señalados y en los que preceptúan los siguientes; 4,12,16,28,39,41,y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala;114,115,120,121,126,133,134,135,136,137,138,139,140,141,142 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional constituyente; y 141,142, 143, de Ley del Organismo Judicial.

## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La propiedad privada se garantiza como un derecho constitucional e inherente a la persona humana, el Estado debe crear las condiciones que permitan a los habitantes gozar de su derecho a la propiedad, la cual solo puede ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, debidamente comprobadas y tal expropiación debe sujetarse a los procedimientos legales previamente establecidos; sin embargo, con la vigencia del Decreto 26-2012 y la aplicación del Artículo 4 de tal normativa, se establece que las cuentas bancarias y de ahorro inactivas con un monto menor a un mil quetzales y sin movimiento durante un período de diez años, prescribirán de pleno derecho, junto con los intereses que hubieren devengado, en favor del Fondo para la Protección del Ahorro, lo cual de forma arbitraria e inconstitucional afecta los derechos de los cuentahabientes.

Esta situación con sus múltiples efectos crea una vulneración a los derechos constitucionales de los guatemaltecos, afectando específicamente el derecho a la propiedad privada, la protección que la Constitución política ordena que el Estado debe brindar y el derecho al debido proceso, pues de manera arbitraria e injusta y sin oportunidad de ejercer su defensa los cuentahabientes son expropiados de su patrimonio.

Lo anterior ha ocasionado que el Estado no cumpla con su deber de garantizar la seguridad jurídica, el derecho a la justicia, el derecho a la seguridad, el derecho a la paz, el derecho a la libertad y el derecho al desarrollo integral de la persona, por lo que es necesario expulsar del ordenamiento jurídico el artículo objeto de análisis de la presente tesis, mediante el planteamiento de una acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general parcial, aporte plasmado en el capítulo IV de esta tesis.



## BIBLIOGRAFÍA

ABRUÑA, ANTONIO Y BACA, VÍCTOR. **Notas al curso de derecho administrativo.** Universidad de Piura, Perú, 2002.

ALBUQUERQUE, MARTIN. **Notes and queries.** London: George Bell. Inglaterra 1855.

ÁLVAREZ MANCILLA, ERICK ALFONSO. **Teoría general del proceso.** Ed. Vile. Guatemala, 2005.

CARANDE, RAMÓN, **Carlos V y sus banqueros.** Editorial Crítica. España, 1987.

COPPA ZUCCARI, PASCULE. **Il Deposite irregolare.** Editorial Moderna. Italia, 1901.

ESPINOZA, JUAN. **La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia,** Editorial Gaceta Jurídica. Perú, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS- RAMÓN. **Curso de derecho administrativo I,** 12ª ed., Editorial Thomson Civitas, España, 2004.

GEWIRTH, ALAN. **The Community of rights.** University of Chicago Press. Estados Unidos de Norte América. 1996.

[https://www.bac.net/guatemala/img/Contrato%20IVE%20\(Anexo%202\).pdf](https://www.bac.net/guatemala/img/Contrato%20IVE%20(Anexo%202).pdf). (Consultado: 8 de octubre de 2014).

<http://www.economictheories.org/2009/05/accumulation-of-capital.html>. (Consultado: 14 de octubre de 2014).

<http://www.ernestojinesta.com/curriculum20y20art.20rev/ContratoBancario>. (Consultado: 12 de septiembre de 2014).

[http://www.es.wikipedia.org/wiki/Banco/cite\\_ref-1](http://www.es.wikipedia.org/wiki/Banco/cite_ref-1). (Consultado: 5 de octubre de 2014).

[http://www.es.wikipedia.org/wiki/Corporaci3B3n\\_FederaldeSegurode\\_DepC3B3sitos](http://www.es.wikipedia.org/wiki/Corporaci3B3n_FederaldeSegurode_DepC3B3sitos). (Consultado: 4 de noviembre de 2014).

MADDEN, FREDERIC WILLIAM. **Coins of the jews**. Editorial Trubner & co. Inglaterra 1881.

MCCONNELL CAMPBELL STANLEY. **Brue and Sean Flynn economics**. Twayne Publisher. Estados Unidos de Norte América. 2009.

MOLLE GIACOMO. **Considerazion isull conto corrente bancaria, en "Banca, borsa e titoli di crédito"** Abeledo Perrot. Argentina. 1994.

RAMÍREZ SOLANO, ERNESTO. **Moneda, banca y mercados financieros, Instituciones e instrumentos en países en desarrollo**. Pearson educación. Argentina. 2001.

RODRÍGUEZ PIÑERES, EDUARDO. **Derecho usual**. 11ª edición. Editor Roldan & Cia. Colombia. 1937.

SANTAMARÍA, JUAN. **Principios de derecho administrativo**. Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, España. 1999.

SCHEURER, VINCENT. **The mootley fool: Can our current system of fiat money survive in the long term. The Magic of Money**. Estados Unidos de Norte America. 2011.

TABOADA, LIZARDO. **Acto jurídico, negocio jurídico y contrato**, Editorial Grijley, Perú. 2002.

WALKER J. M. **Antiguas civilizaciones de Mesopotamia**. Edimat Libros S.A. Cronología comparada: año 700 a.C. 2002.

ZGUR, ANDREJ. **The economy of the roman empire in the first two centuries A.D.**, An examination of market capitalism in the Roman economy, Aarhus School of Business. Estados Unidos de Norte América. 2007.

**Perspicacia para comprender las escrituras**. Volumen I. Editorial Ed watch Tower Bible and tract society of Pennsylvania, 1988.

**The encyclopedia americana**. Vol. 3. Editorial Carey, Lea & Carey. 1956.

#### **Legislación:**

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

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

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

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