

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



**LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART. 42 DE LA LEY DE BANCOS Y
GRUPOS FINANCIEROS, DTO. 19-2002 DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA,
PARA FACULTAR A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS SIB, PARA
PROTEGER AL USUARIO FINANCIERO, REGULAR LAS TASAS Y
OPERACIONES DE ENTIDADES FINANCIERAS**

JOANA EUNICE ALONZO CÁCERES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015

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

**LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART. 42 DE LA LEY DE BANCOS Y
GRUPOS FINANCIEROS, DTO. 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,
PARA FACULTAR A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS SIB, PARA
PROTEGER AL USUARIO FINANCIERO, REGULAR LAS TASAS Y
OPERACIONES DE ENTIDADES FINANCIERAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOANA EUNICE ALONZO CÁCERES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal: Licda. Vilma Corina Bustamante Túchez
Secretaria: Licda. Ermencia Elizabeth Alvarado Mota

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Vilma Karina Rodas Recinos
Vocal: Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Secretaria: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández

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,
 21 de julio de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, MARIO GABRIEL BAUTISTA MONZON
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOANA EUNICE ALONZO CÁCERES, con carné 200816681,
 intitulado LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART. 42 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS, DTO.
19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, PARA FACULTAR A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS SIB,
PARA PROTEGER AL USUARIO FINANCIERO, REGULAR LAS TASAS Y OPERACIONES DE ENTIDADES
FINANCIERAS.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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



Fecha de recepción 25 / 07 / 2014 f)

Asesor(a)



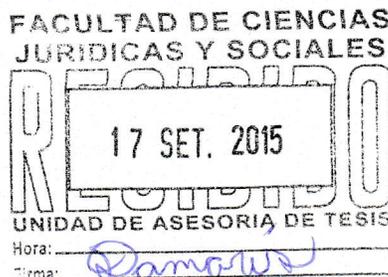
Lic. Mario Gabriel Bautista Monzón
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 7851
Oficina 7, 8°. Avenida, 20-09, zona 1, Guatemala



Guatemala, 7 de septiembre de 2015

Doctor

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



Estimado Doctor:

En cumplimiento de la designación que se me hizo como asesor de tesis de la Bachiller Joana Eunice Alonzo Cáceres, la cual se titula "La necesidad de modificar el Art. 42 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Dto. 19-2002 del Congreso de la República, para facultar a la Superintendencia de Bancos -SIB-, para proteger al usuario financiero, regular las tasas y operaciones de entidades financieras", y en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público, procedí a efectuar la revisión de la misma y como consecuencia de ello expreso lo siguiente:

- **Contenido científico y técnico de la tesis:** El trabajo indicado consta de cuatro capítulos, en los que se desarrolla aspectos generales del derecho bancario, régimen de banca central, contratación bancaria y tutela del usuario bancario, así como las posibles soluciones para evitar todo tipo de prácticas que lesionen los derechos de dichos usuarios.
- **Metodología y técnicas de investigación que fueron utilizadas:** La autora hace acopio en su trabajo de aspectos doctrinales relacionados con el tema y un estudio específico sobre el tema seleccionado, utilizando técnicas bibliográficas para la doctrina presentada así como la fundamentación legal. Dentro de los métodos utilizados se encuentra el método analítico, pues se desprende de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos.



Lic. Mario Gabriel Bautista Monzón
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 7851
Oficina 7, 8ª. Avenida, 20-09, zona 1, Guatemala

- **Sobre la redacción de la tesis:** La redacción fue revisada por su servidor y corregida cuando fue necesario, y siendo la autora de la misma quien cumplió con las correcciones que se colocaron.
- **Contribución científica del tema presentado:** El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- **Opinión sobre la conclusión discursiva:** Dentro de la conclusión discursiva se presentó de manera puntual y concreta los hallazgos derivados sobre el análisis realizado, se hace las respectivas recomendaciones sobre el tema propuesto, y el autor hace referencia sobre los hallazgos y aportes científicos que derivan de su investigación.
- **Opinión sobre la bibliografía utilizada:** En relación sobre la bibliografía utilizada por el autor para su análisis me pareció pertinente para el desarrollo de la investigación, utilizando autores extranjeros como nacionales.

En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente. Asimismo declaro expresamente que no soy pariente entre los grados de ley con la estudiante, ni tengo ningún tipo de vínculo familiar.

Lic. Mario Gabriel Bautista Monzón
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 7851





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante JOANA EUNICE ALONZO CÁCERES, titulado LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ART. 42 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS, DTO. 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, PARA FACULTAR A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS SIB, PARA PROTEGER AL USUARIO FINANCIERO, REGULAR LAS TASAS Y OPERACIONES DE ENTIDADES FINANCIERAS. 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. Avidan Ortiz Orellana
DECANO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por todas las bendiciones que me ha dado e iluminarme en cada paso dado a lo largo de mi vida.
- A MI MADRE:** Marta Yolanda Alonzo Cáceres, por ser mi ejemplo profesional y de vida, por todos los sacrificios que ha hecho para darme la oportunidad de ser la mujer que soy hoy en día.
- A MIS ABUELITOS:** Porque sé desde el cielo celebran conmigo este triunfo, gracias por haber cuidado de mí hasta el último aliento.
- A MIS AMIGOS:** Andrea García, Alejandro Alvarez, Víctor Camposano y José Raúl Barrios por haber sido lo mejor de esta etapa de mi vida, por haberme ayudado a levantarme del fracaso y celebrar conmigo los triunfos, infinitas gracias por siempre estar allí.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, mi alma mater, por haberme preparado como profesional y como líder guatemalteca.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi eterno agradecimiento por ser parte de mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

Este informe contiene un análisis jurídico y de investigación, el cual se desarrolla dentro del derecho mercantil y bancario propiamente, ya que dentro de estas mismas se estipulan los temas que se abordaron, el tema central de la investigación es la protección al usuario financiero y la falta de legislación para regular las tasas y operaciones de entidades financieras; donde se estudiará y analizará desde la parte general del tema, hasta escudriñar la relación jurídica-financiera que existe entre las entidades financieras y los usuarios de éstas.

Asimismo se analizaron aspectos contractuales de las relaciones bancarias y considerar la institucionalidad y la competencia que tienen cada una para conocer y resolver sobre la problemática existente en la protección al usuario bancario, qué limitantes y vacíos presenta la normativa vigente relacionada, así como posibles soluciones a ésta.

La investigación se basó en la protección al usuario financiero, enfocándose en una solución viable, no onerosa y sin afectar las funciones establecidas para la institución creada para la supervisión y vigilancia de las entidades financieras, la Superintendencia de Bancos.

HIPÓTESIS



La modificación del Artículo 42 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Dto. 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, es una manera eficaz de proteger al usuario financiero de los cobros usurarios de tasas de interés, comisiones y otros recargos, de los cuales son víctima, por parte de las entidades financieras supervisadas.

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS



Dentro de la investigación y análisis que he realizado puedo determinar que la hipótesis que he planteado sobre la falta de protección al usuario financiero de los cobros usurarios de tasas de interés, comisiones y otros recargos, de los cuales son víctima, por parte de las entidades financieras supervisadas, es comprobada, ya que al modificar el Artículo 42 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, para así dotar a la Superintendencia de Bancos de facultades para regular lo anteriormente mencionado, se garantiza el cumplimiento de los derechos económicos constitucionales y la protección al usuario financiero.



ÍNDICE

Pág.

| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | i |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

| | |
|--|----|
| 1. Derecho bancario..... | 1 |
| 1.1. Historia..... | 1 |
| 1.1.1. Época Pre-romana..... | 2 |
| 1.1.2. Época Romana..... | 5 |
| 1.1.3. Edad Media..... | 7 |
| 1.1.4. Época Moderna..... | 8 |
| 1.3.5. Época Contemporánea..... | 10 |
| 1.2. Historia del derecho bancario en Guatemala..... | 11 |
| 1.3. Definición de derecho bancario..... | 13 |
| 1.4. Naturaleza jurídica..... | 15 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. Régimen de banca central..... | 17 |
| 2.1. Diferencia entre banco y banca..... | 17 |
| 2.2. Sistema financiero..... | 18 |
| 2.3. Orígenes del sistema financiero guatemalteco..... | 19 |



Pág.

| | |
|--|----|
| 2.3.1. Junta Monetaria..... | 21 |
| 2.3.2. Banco de Guatemala..... | 23 |
| 2.3.3. Superintendencia de Bancos..... | 24 |
| 2.4. Introducción a la empresa bancaria..... | 31 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| 3. Contratación bancaria..... | 33 |
| 3.1. Términos introductorios..... | 34 |
| 3.2. Definición de contrato bancario..... | 38 |
| 3.3. Naturaleza jurídica del contrato bancario..... | 40 |
| 3.4. Operaciones bancarias..... | 40 |
| 3.4.1. Clases de operaciones bancarias..... | 42 |
| 3.5. Técnica contractual..... | 43 |
| 3.5.1. Estandarización y masificación contractual..... | 43 |
| 3.6. Contenido contractual..... | 43 |
| 3.6.1. Crédito..... | 43 |
| 3.6.2. Condiciones generales de contratación bancaria..... | 44 |
| 3.7. Caracteres de los contratos bancarios..... | 46 |



CAPÍTULO IV

| | |
|--|-----------|
| 4. Tutela del usuario bancario..... | 49 |
| 4.1. Descripción de la problemática fundante: La debilidad institucional.. | 49 |
| 4.2. Modos o mecanismos de control..... | 52 |
| 4.3. Protección del crédito en el derecho comparado..... | 54 |
| 4.4. Precedente legal versus vacío legal..... | 55 |
| 4.5. Propuesta de protección del usuario bancario..... | 57 |
| CONCLUSIÓN DISCURSIVA..... | 67 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 69 |



INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, la globalización ha incidido considerablemente en la mayoría de las actividades comunes de la sociedad. En ese sentido, no se deja de lado el ámbito mercantil, especialmente la rama bancaria que se caracteriza por innovar diversas modalidades de relación financiera con los usuarios afines. El derecho mercantil y por ende el derecho bancario se especializan en establecer vínculos jurídico-financiero con los particulares de una forma práctica y anti-formalista (características propias del derecho mercantil), por lo que el Estado tiene la obligación constitucional de velar por la protección de dichos usuarios, tutelando los derechos producto de la contratación, evitando obligaciones arbitrarias, abusivas e ilegales por parte de las entidades financieras creadoras de los contratos por adhesión.

La presente investigación pretende buscar una solución al vacío legal que existe en cuanto a la protección del usuario financiero, que sea viable, no onerosa y sin afectar las funciones establecidas para la institución creada para la supervisión de las entidades financieras (Superintendencia de Bancos).

En ese sentido, los objetivos alcanzados con la presente tesis de titulación demostraron la necesidad de modificar el Artículo 42 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República, en el sentido de facultar a la Superintendencia de Bancos para proteger al usuario financiero, regular las tasas y operaciones de entidades financieras, en virtud de los abusos de que son objeto los



usuarios de dichos servicios ante la falta de legislación especializada tendiente a la prevención y represión de dichos abusos.

En relación a la hipótesis esbozada, esta quedó comprobada al verificar la importancia jurídico-financiera de implementar normativa que proteja especialmente los derechos de los usuarios al realizar contratos o vínculos con entidades financieras, tal y como lo regulan normativas internas de otros Estados.

La investigación está estructurada en cuatro capítulos: El primero desarrolla lo relativo a la historia y surgimiento del derecho bancario, tanto nacional como internacional; el segundo se refiere a la banca central, el origen del sistema financiero, instituciones como la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos; el tercer capítulo esboza la contratación y las operaciones bancarias; el cuarto capítulo trata acerca de la tutela del usuario bancario, la debilidad institucional, los modos o mecanismos de control que existen, así como el derecho comparado en este tema y se finaliza con la propuesta de protección al usuario bancario.

El método empleado en la elaboración de esta investigación fue el método analítico y la técnica utilizada la bibliográfica. El método analítico implica investigar desde lo más general de lo que es el derecho bancario, su regulación actual y su aplicación jurídica en la contratación con los usuarios particulares. En cuanto a la técnica utilizada, se analizaron libros, periódicos y documentos, relacionados al tema, así como obras doctrinarias y legislación aplicable.



CAPÍTULO I

1. Derecho bancario

El derecho bancario para algunos no es una disciplina independiente sino una rama del derecho mercantil, pero debe considerarse que éste encuadra dentro del ordenamiento jurídico, ya que goza de autonomía, principios y métodos propios. Para comprender mejor, es necesario escudriñar su origen y así poder entender lo que abarca el derecho bancario y lo que significa la intermediación del crédito actualmente.

1.1. Historia

El surgimiento de las funciones bancarias no cuenta con antecedentes históricos exactos en relación a sus orígenes, sin embargo, en base a las investigaciones realizadas se logra constatar que en las civilizaciones más antiguas y distantes entre sí, ejecutaban actividades y realizaban documentos similares a los utilizados hoy en día en el tráfico comercial bancario.

Puede decirse así que si bien la actividad bancaria no es reciente, el derecho bancario es una disciplina relativamente nueva, pese a que las funciones de la banca existían desde tiempo atrás; básicamente puede decirse que se desarrolló en cuatro épocas, que se detallan a continuación.



1.1.1. Época Pre-romana

“De acuerdo con el recordado jurista italiano Paolo Greco las funciones de la banca se remontan en los primeros estadios de la humanidad, como lo atestiguan las investigaciones arqueológicas y el estudio de los papiros greco-egipcios...”.¹ De ello se deduce que la actividad bancaria tiene presencia desde momentos muy remotos de la historia aunque en forma rústica ésta florece a partir del apareamiento de la moneda “pues no tendría sentido hablar de bancos de no existir el dinero”.² La idea de la moneda fue substituir los lingotes de oro o plata por fragmentos de metal uniforme acuñados por una marca que garantizare su valor de forma oficial, con lo que la introducción de la moneda alteró el régimen económico establecido. Previo a lo cual una de las actividades más relevantes y que constituye antecedente directo del comercio y posteriormente de sus ramificaciones bancarias, lo conforma la figura del trueque, el cual dio paso a nuevas formas de negociación.

a) Babilonia

Se conocen relatos sobre operaciones bancarias en templos con la utilización de lingotes de oro, tal fue el caso del templo de Uruk que según la creencia el dios al que se dedicaba dicha edificación autorizaba a sus sacerdotes para ejercer una especie de comercio bancario primitivo, al recibir ofrendas por los jefes de las tribus en búsqueda de favores divinos, estos sacerdotes daban granos a los agricultores y comerciantes a

¹ Martínez Gálvez, Arturo. **Derecho Bancario y Financiero**. Tomo I. Pág. 314

² Araujo López, Juan Ramón. Solórzano Funes, Elmer Saúl. Rivera López, José Napoleón. **Evolución de la banca en El Salvador**. Pág. 19



cambio del cobro de un interés, mediante transacciones en especie. Incluso los primeros cálculos y registros contables se atribuyen a estos sacerdotes “una vez que se realizaban aportaciones u ofrendas, los escribas del templo libraban un recibo en forma de tabla de arcilla, posteriormente las tablas se acomodaban de acuerdo con la naturaleza de la ofrenda y se registraban los totales”.³ Continuando con las operaciones primitivas de la banca de índole religioso, los depósitos eran un servicio gratuito que prestaban los templos, los cuales eran responsables de los objetos puestos en depósito y en materia de préstamos estos eran confirmados mediante confección de acta la cual autorizaba al templo para cobrar intereses, también se solicitaba la rendición de garantías sobre casas, campos o incluso esclavos.

Con el paso del tiempo se desmonopoliza esta actividad de la religión entrando a ejercerla los particulares, a los cuales usualmente se les atribuye la propagación de estas operaciones. “Desde la vieja Babilonia, y quizás antes, cuando se asentaron los primeros comerciantes en la práctica del depósito y del cambio, no podría decirse que existía un derecho bancario en el sentido más o menos aproximado, más bien era un derecho comercial en ciernes..”.⁴ Posteriormente en Babilonia al tomarse la plata como medio de cambio, se gestó el comercio bancario mediante operaciones tales como: cambiarias, emisión de títulos abstractos que representaban obligaciones, los cuales a su vez eran garantizados de formas diversas; utilizando el cambio de determinada especie de moneda por otra, estableciendo diferencias de valor a cada bien.

³ Jiménez Orozco, Genaro. **Distribución del riesgo y análisis de responsabilidad en los casos de fraude infamativo bajo la modalidad de phishing. Aplicación de la ley de protección y defensa del consumidor.** Pág. 11

⁴ Martínez Gálvez, Arturo. **Op. Cit.** Pág. 314



Como primer antecedente positivo el Código de Hammurabi con data aproximada en 1753 antes de la era cristiana, el cual legisló operaciones hoy llamadas financieras, sobre actividades de comercio, préstamos con intereses, depósitos de mercancía y metales entre otros; surgiendo así los primeros registros de estas actividades. Reglamentando que en caso de impago “el acreedor estaba facultado para ejercer el apremio corporal sobre su deudor, su familia y esclavos”.⁵ Con las guerras constantes, surgimientos y caídas de dinastías, las rutas de tráfico se expandieron, con lo cual se propagó consecuentemente la actividad comercial y financiera, las cuales fueron adoptadas por diversas civilizaciones.

b) Grecia

Pese al antecedente que constituyó la ciudad de Babilonia, “...los datos más amplios y precisos los encontramos en Grecia, particularmente el Delfos, y Egipto, siendo en los primeros en donde debe haber sido conocida la moneda desde el siglo VII antes de Cristo. Egipto vio florecer la actividad de la banca donde parece que en alguna época constituyó un monopolio del Estado; el que concedía después a las personas o sociedades el ejercicio de esta actividad que tenía un carácter público”.⁶ Atenas por ejemplo fue la primera ciudad griega en priorizar la economía monetaria, en la cual los templos se dedicaban al comercio de dinero teniendo incluso consejos de administración con representantes del Estado. Luego surgen figuras como los clauditas dedicados a autenticar y homologar monedas provenientes de distintas regiones; y los

⁵ Jiménez Orozco, Genaro. **Op. Cit.** Pág. 12

⁶ **Ibíd.** Pág. 314



trapezitas “especie de banqueros dedicados a recibir bienes que prestaban a otros mediante el cobro de intereses”.⁷ Incluso en las ciudades estados se trató de fundar bancos públicos como competencia directa a los banqueros privados, así como para normalizar los tipos de interés, modalidades de préstamos, y evitar la usura; estos finalmente se dedicaron a custodiar el caudal del Estado. Además los préstamos comienzan a asegurarse con garantías de bienes muebles o inmuebles, lo que actualmente constituyen garantías hipotecarias y prendarias.

c) Pueblo hebreo

Este antecedente lejos de perfilarse como un avance en el desarrollo del tema bancario, constituyó un estancamiento de la figura, debido a que en la Ley de Moisés se prohibía el cobro de intereses, salvo al realizarse tratos con extranjeros. Sin embargo, esta reseña ilustra al lector sobre la antigüedad de la primitiva actividad bancaria y la evolución hasta la modernidad.

1.1.2. Época Romana

La antigua Roma tomó la utilización de la moneda de Grecia, y la base de la banca en Roma fue la clase denominada ecuestre, quienes eran una elite dentro del ejército que contaban con la capacidad económica para adquirir caballos con su propio dinero, de allí el origen del nombre.

⁷ Guzmán Holguin, Rogelio. **Derecho bancario y operaciones de crédito**. Pág. 9

“Roma, cuna del espíritu jurídico, logró perfilar con más claridad la actividad bancaria”.⁸

Historiadores atribuyen a los banqueros romanos actividades variadas y complejas, como la operación de cambio, los depósitos regulares e irregulares, los préstamos y aún los descuentos, las recaudaciones, los pagos y las cuentas de giro en interés de sus clientes.

A diferencia de las instituciones bancarias modernas, en la época romana las actividades bancarias se llevaban a cabo por particulares. Las grandes inversiones fueron financiadas por los faeneradores, mientras que los que quienes trabajaban profesionalmente en el negocio del dinero y el crédito eran conocidos por varios nombres, tales como argentarii (banquero), nummularii (cambista), coactores (cobradores) y praefectus urbi quienes vigilaban a los anteriores, ya que para ejercer la actividad tenían que obtener una licencia que conllevaba una investidura. Razón por la cual se hizo necesario crear un sistema de registro, en forma de códigos de control, por lo que cabe resaltar la notable técnica de operaciones bancarias que realizaron los romanos mediante la utilización de métodos jurídicos y contables. Más adelante se conforman bancos públicos para recaudación de impuestos imperiales y la distribución de la moneda entre el público. “La actividad bancaria y económica se extendió más allá de las fronteras del Imperio Romano, tal como el Imperio Chino que abastecía de productos exóticos a Roma, manteniendo así un desarrollo independiente”.⁹

⁸ Martínez Gálvez, Arturo. **Op. Cit.** Pág. 315

⁹ Jiménez Orozco, Genaro. **Op. Cit.** Pág.15



1.1.3. Edad Media

“El poder de los monasterios fue notorio dado que su principal actividad era el préstamo agrícola y era del sector agrícola que vivía la aristocracia de la época”.¹⁰ El oscurantismo reprimió el desarrollo de la actividad bancaria, puesto a que se prohibió el cobro de intereses por préstamos. Más adelante en este período y en base a ideas renacentistas aparecen en las plazas públicas personas que ofrecían cambiar monedas. Las cruzadas tuvieron singular papel en el restablecimiento de la banca, esto debido a que los cruzados tenían necesidades financieras para el mantenimiento del ejército, incluyen transferencias de fondos, repatriación de ganancias, pagos por prisioneros, entre otros.

Ahora bien, los banqueros desde el punto de vista subjetivo, eran comerciantes; que bajo el nombre de campsores o cambiatori fueron cruciales para el tránsito comercial debido al aumento en el flujo comercial y a los diversos tipos de moneda circulantes. Las ferias de la Edad Media resultaban centros financieros por excelencia, es por ello que el origen del término banquero se remonta a que estos individuos operaban en las ferias comerciales haciendo uso de un banco y una mesa en la cual colocaban sus libros con registros; tenían sus oficinas al aire libre o bien bajo portales, en los cuales de forma sencilla tenían un banco y un tablón a modo de mesa de operaciones, de allí que se le conociera posteriormente como la banca ese tablón, en el cual se contaba el dinero, se hacían pagos y cobros hoy conocidos como operaciones bancarias. De igual forma el término bancarrota aludía a que al momento de fracasar los banqueros en sus

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 16



negocios se veían obligados a romper públicamente el banco como una forma de alertar a las demás personas sobre el actuar del cambista, al haberse conducido este de manera deshonesto, abusando u omitiendo reglas para ganar dinero fácil, esto a pesar de que generalmente ejercían su trabajo con seriedad, honradez y en cumplimiento de lo establecido.

Se idearon procedimientos mediante los cuales se podía depositar dinero a un banquero y este pagarlo a un tercero por orden del dueño del dinero. A la agrupación de campesores se le conocía como montes, de grandes similitudes con los bancos. Se originan así los montes de piedad, en los cuales los pobres podían obtener préstamos a cambio de prestar determinada garantía. Las ferias fueron internacionales por lo que los banqueros tenían la oportunidad de operar en diversas plazas, sin embargo, las ferias fueron desapareciendo en la medida que aparecieron los estados. El papel de la religión fue indiscutible al utilizarse diversas órdenes y templos trasladar valores, aproximadamente en el año 1,156 en Venecia se creó un instituto o caja común para depositar oro y plata fuera en lingotes o monedas, pudiendo realizarse abonos y cargos entre los que tenía su cuenta en esta caja.

1.1.4. Época Moderna

Con el tiempo, esta disciplina se fue desarrollando y perfeccionando gracias a los usos, costumbres y prácticas mercantiles. Posteriormente se inició la codificación con el *Código de Napoleón, conocido también como el Código de Comercio Francés*, lo que define mejor la evolución del mismo. “Jacques Coeur fue una reconocida figura de

transición entre los mercaderes de la Edad Media y los banqueros de la modernidad”.¹¹

Siendo el primero en intuir la importancia de la industria bancaria en la economía, con familias contemporáneas como Fugger cuyas actividades comerciales les valieron poder político, sus operaciones se extendieron por casi dos siglos cubriendo toda Europa, se considera que “jamás en la historia de la banca hubo tal cantidad de depositantes ni nunca un banquero manejó el volumen de capitales y riquezas mobiliarias e inmobiliarias como los Fugger”.¹²

Asimismo, pero en Alemana la familia de banqueros de los Medicis previeron la importancia del ahorro, contrario a las practicas regulares de otros banqueros que trabajaban con sus propios recursos, estos alemanes apelaron al ahorro privado de todas las clases sociales, mediante pequeños depósitos para funcionar. Ingeniándose así ofrecer un interés fijo anual o de feria en feria para lograr incentivar el ahorro. Más estas ferias solo tenía lugar cuatro veces al año, razón por la cual se plasmó la necesidad de crear organismos en los cuales se pudiera transar todo el año, nacieron así las bolsas de valores, siendo la primera la de Amberes en 1531.

Con el descubrimiento y la apertura de las rutas marítimas comerciales, debido la abundancia de metales preciosos de las tierras descubiertas, se vivió una revolución monetaria. Posteriormente hubo una crisis financiera que elimino a Amberes y consolido el Banco de Ámsterdam como primer mercado monetario y financiero de Europa. En Venecia en 1619 se fundó un Banco de radical importancia, puesto que la

¹¹ **Ibíd.** Pág. 19

¹² **Ibíd.** Pág. 20



práctica medieval de las ferias de entregar un recibo por depósito se perfeccionó a la transmisión de dichos recibos por endoso, este banco innovó de igual forma al entregar a los depositantes, formas impresas indicado el monto del depósito para poder presentarlo a las cajas pagadoras, este fue el antecedente de la moneda en papel.

Luego en Estocolmo, se creó un Banco de circulación en el cual se consideró que no era necesario retener la totalidad del depósito para que el banco tuviera liquidez al momento del reembolso, creándose así los certificados de depósito como título representativo del valor del capital, esta mecánica fue de aceptación generalizada por lo que los títulos o billetes lograran fuerza adquisitiva y se hizo obligatorio recibirlos como medio de pago. Ya en 1694 se creó el Banco de Inglaterra el cual marcó el inicio de la era moderna de la banca.

1.1.5. Época Contemporánea

La banca contemporánea contó con los instrumentos perfeccionados a través de la historia, provocando que los bancos empezaran a especializarse en áreas determinadas. Las atribuciones de la banca central se desplegaron a créditos de Estado, entidades comerciales, regulación de mercado o estabilidad de cambios. En la época de la Gran Guerra los procedimientos de los bancos se limitaban al mantenimiento del tipo de descuento y la política de open market, finalizada la guerra la compraventa de títulos -open market- tuvo un carácter predominante, siendo este uno de los fenómenos más notables de la banca contemporánea. El Tratado de Versalles que puso punto final a la Primera Guerra Mundial tuvo un gran impacto en el comercio



bancario internacional, provocando que los bancos continuaran adquiriendo el monopolio de la emisión.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial se buscó reconstruir la economía mundial, con lo cual se crearon los organismos internacionales como: El Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la reconstrucción y desarrollo, ambos con la finalidad de generar una estabilidad en materia cambiaria y regímenes de cambio, y de financiar la reconstrucción de los países afectados por la Segunda Guerra Mundial.

1.2. Historia del derecho bancario en Guatemala

“..Los orígenes legales e institucionales del actual sistema de banca central en Guatemala se remontan al periodo de la reforma monetaria y financiera de 1924-1926. Es entonces, cuando fue creado el Banco central de Guatemala como establecimiento de emisión, giro y descuento, de carácter privado y con la aparición del Estado como accionista...”.¹³ Fue en 1924 que se promulgó la Ley Monetaria la cual cimentó una nueva unidad monetaria, el quetzal; un año después el gobierno publicó las bases de la banca central nacional. Años más tarde con las ideas revolucionarias octubristas se dotó de la investidura de banco estatal al Banco de Guatemala el cual tendría a su cargo la realización de la política monetaria, cambiaria y crediticia. Paralelamente se promulga también la legislación bancaria base de la política financiera, la Ley de Bancos bajo el Decreto número 315 del Congreso de la República y la Ley Orgánica del

¹³ Villagrán Hernández, Karla Johanna. **Ineficacia de la supervisión que efectúa la Superintendencia de Bancos, a la información que le presentan los bancos, que operan en el sistema financiero del país.** Pág. 1



Banco de Guatemala. Estas normativas conformaron un marco legal armonioso que acogía las teorías y técnicas financieras modernas a la época, este marco estuvo vigente alrededor de cuarenta años prevaleciendo pese a los cambios legislativos nacientes.

En la década de los años 80 y 90 se aprueba por la Junta Monetaria un programa de modernización del sistema financiero nacional, por lo que se propone la actualización de la regulación, bajo ideas de apertura de mercados financieros se impulsaron modificaciones legales para la adecuación de las legislaciones al acontecer nacional imperante a la época. Las disposiciones más destacadas en este período fueron: “a) El Acuerdo Legislativo No. 18-93, que reforma la Constitución Política de la República e introduce la prohibición de que el banco central financie al gobierno; b) El Decreto 12-95, que reforma la Ley Orgánica del Banco de Guatemala para fortalecer la capacidad supervisora de la Superintendencia de Bancos; c) El Decreto 23-95, que reforma la Ley de Bancos; d) El Decreto 24-95, que reforma o deroga algunos artículos de las leyes bancarias concernientes a los requerimientos mínimos de capital; e) El Decreto 29-95, que libera la contratación de las tasas de interés; f) El Decreto 44-95, que reforma la Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar; g) El Decreto 34-96, que crea la Ley del Mercado de Valores y Mercancías; h) El Decreto 5-99 que crea la Ley para la Protección del Ahorro; y i) El Decreto 26-99, que reforma de nuevo la Ley de Bancos y la Ley de Sociedades Financieras, fortaleciendo la normativa prudencial y la capacidad de supervisión de la autoridad de vigilancia e inspección”.¹⁴

¹⁴ García Lara, Mario. **Antecedentes históricos**. Pág. 2



A la luz de este programa en el año 2000 la Junta Monetaria emite resolución para la reforma integral de la normativa vigente del sistema financiero nacional, centrándose en cuatro puntos cardinales para ello: 1) Ley Orgánica del Banco de Guatemala; 2) Ley Monetaria; 3) Ley de Bancos y Grupos Financieros; y, 4) Ley de Supervisión Financiera.

Lo anterior producto del mandato constitucional establecido en el Artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “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 nacional. Las actividades monetarias, bancarias y financieras, estarán organizadas bajo el sistema de banca central, el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la deuda pública. Dirigirá este sistema, la Junta Monetaria de la que depende el Banco de Guatemala, entidad autónoma con patrimonio propio, que se regirá por su Ley Orgánica y la Ley Monetaria.”

1.3. Definición de derecho bancario

Para Acosta Romero el derecho bancario se define como: “el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre particulares y entre las autoridades reguladoras de las relaciones entre particulares y entre las autoridades, nacidas del ejercicio de la actividad crediticia y bancaria, o asimiladas a éstas y aquéllas, en cuanto



a su disciplina jurídica y evolución judicial y administrativa”.¹⁵ Complementando lo anterior Nelsón Abrao establece lo siguiente: “Derecho bancario es la rama del derecho comercial que regula las operaciones de los bancos y las actividades de ellos, que practican con carácter profesional”.¹⁶

Para el escritor Joaquín, Rodríguez Rodríguez, indica: “Como toda actividad social, supone sujetos, relaciones, objetos, términos sin los cuales sería inconcebible. Por eso, puede decirse que el complejo de las personas, de las cosas y de los negocios, por medio de los que se efectúan las operaciones de banca, es llamada materia bancaria”.¹⁷ Constituye un conjunto normativo, doctrinal o jurisprudencial -de ser aplicable-, así como usos bancarios que regulan la estructura y funcionamiento de entidades bancarias, de créditos, depósito, entre otras así como del público en general en relación a las relaciones patrimoniales entre estos sujetos. Regulando el nacimiento, existencia legal, estructura, funcionamiento y finalidad de bancos o entidades que de manera legítima manejan especies monetarias.

Como corolario hasta este punto Pablo Mendoza y Eduardo Preciado definen: “Que el derecho bancario, es parte integrante del derecho financiero, es un conjunto de normas jurídicas de derecho público, privado y social, que regulan la prestación de servicio de banca y crédito; la autorización, constitución, funcionamiento, fusión, disolución y liquidación de los intermediarios financieros bancarios, así como la protección de los intereses del público, delimitando las funciones y facultades que en materia bancaria

¹⁵ Acosta Romero, Miguel. **Derecho bancario**. Pág. 18

¹⁶ Villegas, Carlos Gilberto. **Compendio jurídico técnico y práctico de la actividad bancaria** Pág. 110

¹⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho bancario**. Pág. 2



detentan las autoridades financieras”.¹⁸ Es precisamente esta última aseveración en relación a la protección de los intereses públicos la que funda el punto medular de la presente investigación de titulación.

1.4. Naturaleza jurídica

Como quedó establecido mediante la remembranza histórica trazada con anterioridad, el derecho bancario pasó de manos particulares al derecho público atendiendo a fenómenos económico sociales imperantes en tiempo y espacios determinados. Al considerarse así la actividad bancaria como un servicio público implica necesariamente una sujeción al Estado, es por ello que las normas reguladoras a la política financiera y por ende bancaria tienen carácter de derecho público pese a su relación intrínseca con el derecho mercantil considerado pilar del derecho privado de corte civilista. Esta afirmación implicaría la aceptación del papel del Estado en una perspectiva garantista o tutelar de los derechos que terceros confían a instituciones bancarias, implicando la aplicación de normas administrativas y fiscales pero sin dejar de lado la aplicación de reglas del derecho mercantil y civil.

Por lo que lejos de considerarse como un derecho híbrido, se estima a consideración de la autora, como bidimensional, estableciéndose en una dimensión pública y en otra privada.

¹⁸ Ruíz Torres, Humberto Enrique. **Derecho bancario**. Pág. 25 y 26





CAPÍTULO II

2. Régimen de banca central

Partiendo de la etimología de la palabra banca, ésta viene del italiano de igual escritura que alude a la mesa de los cambistas de la edad media, conformado por un asiento de madera, sin respaldo. Los negocios y servicios bancarios se desarrollaron a través de los siglos en el capítulo que antecede, por lo que en este capítulo el enfoque se dirige a las instituciones que conforman el sistema financiero.

2.1. Diferencia entre banco y banca

Previo a lo cual es necesario puntualizar la diferencia entre banca y banco, “se entiende la banca, como conjunto de bancos o instituciones financieras, mientras que banco es la institución facultada por la ley para captar recursos del público que luego distribuye a través del otorgamiento de créditos o préstamos”.¹⁹ En palabras de Argeri: “El banco es una entidad económica financiera cuya actividad se traduce en la organización y la regulación de las operaciones de crédito y política crediticia que se debe cumplir por la banca y que proviene, se originan o relacionan con el dinero y títulos que le representan, lo cual se conceptúa como mercadería”.²⁰ Es decir, el banco es la institución propiamente que se encarga de la intermediación de crédito y operaciones

¹⁹ Ortega González, José Luís. **Regular al Banco de Guatemala, órgano rector del sistema financiero guatemalteco como ente fiduciario y fideicomitente especial para la constitución de fideicomisos estatales.** Pág. 3

²⁰ Argeri, Saúl Antonio. **Diccionario de derecho comercial y la empresa.** Pág. 150



bancarias, y la banca, las actividades y operaciones que el banco desarrolla tomadas en conjunto y realizadas tanto por bancos, como por otras entidades.

2.2. Sistema financiero

Por otro lado sistema financiero se define como: “complejo proceso de operaciones y sistemas que realizan las personas y el conjunto de instituciones bancarias de un territorio determinado, dentro de un marco jurídico compuesto por leyes generales y específicas que establecen sus lineamientos y operaciones, bajo la égida del Estado y el control de la banca central, propiciando un beneficio colectivo, sin dejar de lado los intereses y beneficios de los bancos como personas que intervienen en sus operaciones”.²¹ Cabe resaltar en cuanto a las personas que intervienen en este sistema, que pueden ser personas naturales, jurídicas, pública, o privadas, que se encuentran estructuradas jerárquicamente en un sistema de banca central. La finalidad última de este sistema es la creación, intercambio, transferencia y liquidación de activos y pasivos financieros. “No es más que una actividad económica, que en vez de producir bienes, produce servicios financieros demandados por la población”.²²

La clasificación genérica de los sistemas financieros son: a) sistemas regulados por la ley; y b) sistemas no regulados. Con la diferencia, además de la evidente, de que en el primero existe una institución de banca central que cumple la función de regir, controlar y vigilar todo el sistema, conforme a la normativa financiera. En el caso de Guatemala

²¹ Ortega González, José Luís. **Op. Cit.** Pág. 3

²² **Ibíd.** Pág. 3



esto se refleja en el Banco de Guatemala como institución rectora de la banca central, la Junta Monetaria que lo dirige y la supervisión de la Superintendencia de Bancos como entidad auxiliar de la banca central. Mientras el sistema no regulado que también es perceptible en el territorio nacional lo constituyen prestamistas particulares, entidades exportadoras, cooperativas de ahorro, casas de empeño, entre otras.

Por mandato constitucional el Estado de Guatemala deberá: "...promover el desarrollo económico de la nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza...". Esto según lo establecido en el inciso a) del Artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala, complemento a lo cual el inciso k) del citado artículo y cuerpo normativo respectivamente establece: "Qué también es obligación fundamental del Estado, proteger la formación del capital, el ahorro y la inversión". Esto mediante la aplicación de políticas que incentiven el crecimiento económico, mediante el aumento de la producción, que necesariamente crea mayores fuentes de empleo con lo cual se elevan los niveles de ingreso, consumo, ahorro y bienestar general de los ciudadanos y esto a su vez genera mayores ingresos fiscales. Por lo que la intervención del Estado de forma correcta es fundamental para corregir las desigualdades que se han perfilado por décadas.

2.3. Orígenes del sistema financiero guatemalteco

La primera circulación monetaria en Guatemala fue en 1874 derivada de los billetes que emitía el Banco Nacional de Guatemala, el cual fue el primer banco guatemalteco que se fundó con los fondos que provenían de la confiscación de propiedades de la Iglesia



Católica por parte del gobierno. En los años subsiguientes se fundan otros bancos como: el Banco Internacional, Banco Colombiano, Banco de Occidente, entre otros, los cuales si bien, tenían facultades de emisión de billetes, estos no eran de curso legal sino únicamente redimibles a su presentación siendo transformados en oro y plata como respaldo.

Los bancos adquirieron una importancia tal, que incluso en 1897 el presidente Reina Barrios solicitó un préstamo de un millón de pesos -en aquel entonces- para realizar el pago de salarios atrasados a empleados públicos, por lo que emitió un decreto en el cual se estableció la irredimibilidad de los billetes, es decir, ya no sería necesario transformarlos en oro o plata para tener valor, dando origen así al papel moneda. Más adelante con el gobierno de Estada Cabrera, se emite otro decreto en el cual se establece que los billetes serían garantizados por el gobierno, considerándoseles como moneda metálica de aceptación generalizada.

Fue en 1921 con el general José María Orellana que se conduciría la primera reforma monetaria y financiera del país, creándose el Banco Central -previo al Banco de Guatemala- esto como respuesta a la deuda que el gobierno de Manuel Estrada Cabrera generó con los bancos, con la existencia de oligopolios de bancos controlados por el gobierno. Por lo que se gestionaron estudios con conocedores económicos, recomendándose el establecimiento de un banco central con función de agente fiscal de gobierno, quien tendría a su cargo la facultad exclusiva de emitir billetes. Intento de reforma que fue frustrado en un primer momento por eventos políticos y económicos, pero que fue retomado posteriormente. "Antes de ello, en 1923, Orellana había

promulgado un decreto que establecía una “Caja Reguladora” para estabilizar los tipos de cambio, la cual se convertía en el embrión del Banco Central de Guatemala”.²³ En 1924 se gesta la nueva unidad monetaria, el quetzal mediante la promulgación de la Ley Monetaria y dos años después se fundó el Banco Central como corolario a la reforma del gobierno de Orellana. Se dejó así de emitir monedas desordenadas y se respaldó de forma real a la moneda nacional “estabilizando su paridad e instaurando el orden en los flujos bancario y financieros del país”.²⁴

La segunda reforma monetaria se produjo como consecuencia de la gran depresión estadounidense la cual fue catastrófica para los países que al igual que Guatemala seguían la política monetaria basada en el patrón oro, por lo que en los años de 1944 al 46 se crea el Banco de Guatemala como heredero del antiguo Banco Central de Guatemala. Esta reforma revolucionaria al igual que la anterior contó con la experticia de economistas extranjeros para el crecimiento ordenado de la economía nacional, este devenir histórico-económico generó la promulgación de la normativa que se abordará en los temas subsiguientes.

2.3.1. Junta Monetaria

A partir del año 1993 la Junta Monetaria aprobó un programa de modernización del sistema financiero, como fue ya mencionado, con la finalidad de actualizar el marco regulatorio vigente y buscando reformas favorables a la estabilidad económica nacional.

²³ Ortega González, José Luís. **Op. Cit.** Pág. 12

²⁴ **Ibíd.** Pág. 12



Producto de este proceso reflexivo se evidenció la necesidad de una tercera reforma aún más drástica, de carácter integral, lo cual implicaba reformar el conjunto de normativas y legislaciones que regían el sistema de banca central e intermediación financiera.

a) Definición

Partiendo de la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual en el Artículo 132 define a este órgano de la forma siguiente: “La Junta Monetaria es una entidad autónoma con patrimonio propio, se rige por su ley orgánica y por la Ley Monetaria, es el órgano superior del Banco de Guatemala”.

b) Atribuciones principales

El Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala determina la función principal de la Junta Monetaria bajo el siguiente enunciado: “Es la entidad que tiene 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”. La política monetaria es la intervención estatal en el sistema económico mediante instrumentos monetarios, su finalidad es asegurar el equilibrio económico, mediante la estabilización interna y externa de la moneda.



Además ejerce la dirección suprema, por disposición constitucional, del Banco de Guatemala, por lo que deberá cumplir y hacer cumplir la política general de éste, incluyendo la aprobación de su presupuesto -y del presupuesto de la Superintendencia de Bancos-, emisión, interpretación y reforma de sus reglamentos. Así como lo relativo a los nombramientos y remociones del Banco de Guatemala. Además fijará o modificará en su caso, encajes de bancos, tasas de interés del Banco de Guatemala, tasas máximas de operaciones pasivas y activas, y créditos bancarios. En integración con la Ley de Bancos y Grupos Financieros la Junta Monetaria otorgará o denegará la autorización para la constitución de bancos, previo dictamen favorable de la Superintendencia de Bancos. Todas estas funciones según la Ley Orgánica del Banco de Guatemala se realizarán con absoluta independencia y bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con el Artículo 27 de la citada ley.

2.3.2. Banco de Guatemala

El precedente más inmediato a éste fue el Banco Central de Guatemala fundado en 1926. El Banco de Guatemala desde su fundación quedó bajo el cargo administrativo la Junta Monetaria.

a) Definición

El Artículo 2 de su ley orgánica proporciona la definición de esta entidad, el cual puntualiza: “Es una entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica



propia, con patrimonio propio, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones, de duración indefinida y con domicilio en el departamento de Guatemala”.

b) Atribuciones principales

El objetivo general de esta entidad se encuentra en el Artículo 3 de su ley orgánica, siendo este: “El Banco de Guatemala tiene como objetivo fundamental, contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias, que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios”. Es la entidad rectora de la banca central, por lo cual es el único emisor de la moneda nacional y deberá procurar el nivel adecuado de liquidez del sistema financiero. Administra las reservas monetarias internacionales de acuerdo con los lineamientos de la Junta Monetaria, deberá asimismo, procurar el buen funcionamiento del sistema de pagos y recibir depósitos de encajes bancarios y legales.

A pesar del sistema de banca central debido al régimen de modernización financiera, al Banco de Guatemala se le han disminuido ciertas funciones de política monetaria, esto al adaptarse las leyes en la materia a los estándares internacionales.

2.3.3. Superintendencia de Bancos

Como antecedente histórico puede resaltarse que ésta tuvo su nacimiento en 1946, previo a lo cual en palabras de Gilberto Pérez: “Con la promulgación del Código de

Comercio de Guatemala en 1877, se normaron las transacciones comerciales y surgieron las sociedades, entre éstas los bancos y con ello surge la necesidad de los inspectores bancarios, éstos garantizaban con sus auditorías los intereses de la colectividad, posteriormente a nivel estatal surge la Superintendencia de Bancos que funciona a la fecha, realizando este tipo de supervisión”.²⁵ La eficacia de esta fiscalización ha sido puesta en duda en relación a la quiebra de diversos bancos en los últimos años, por lo que se considera queda en desprotección los intereses de la colectividad.

a) Definición

Según mandato constitucional, establecido en el Artículo 133 último párrafo: “La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga”. Es un órgano de Banca Central, organizado conforme la Ley de Supervisión Financiera, Dto. 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala; 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 las demás entidades que otras leyes dispongan, esto de acuerdo al Artículo 1 de la Ley de Supervisión

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



Financiera. Además cuenta con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de independencia funcional para ejercer sus fines.

b) Funciones como ente supervisor

Como institución de la banca central, tiene funciones de vigilancia e inspección de instituciones de intermediación financiera.

i. Inspección financiera

El término inspección deriva del latín inspectio, que implica la observación, diligencia y revisión. No se limita a la observación sino que se revisan de igual forma las actividades, en este caso de las instituciones bancarias y otras organizaciones análogas. “La inspección abarca dos supuestos, la inspección preventiva y la inspección represiva y su objeto fundamental es el controlar y comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, mediante la práctica de visitas, el examen de expedientes y documentos y la vigilancia”.²⁶ Esta inspección tiene como finalidad de cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales en materia financiera.

ii. Supervisión financiera

La supervisión implica un nivel de control sobre las entidades en base a la información proporcionada y mediante ésta información poder determinar, el equilibrio o

²⁶ Acosta Romero, Miguel. **Op. Cit.** Pág. 193



desequilibrio en su caso de la organización. La verificación eficaz del nivel de los pasivos con respecto a los activos.

Tal cual lo establece el segundo considerando de la Ley de Supervisión Financiera, Decreto número 18-2002 del Congreso de la República: “Le corresponde a la Superintendencia de Bancos, entre otras atribuciones, cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables, a fin de que las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, mantengan la liquidez y solvencia adecuadas, que les permita atender oportuna y totalmente sus obligaciones, y evalúen y manejen adecuadamente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de las operaciones que efectúen, en función de la protección de los intereses del público, que confía sus ahorros a dichas entidades”. En el mismo sentido la Ley de Sociedades Financieras, Decreto Ley número 208 del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia en el Artículo 4 señala: “Las sociedades financieras estarán sujetas a la jurisdicción de la Junta Monetaria y a la inspección, intervención y fiscalización de la Superintendencia de Bancos, quedando afectas a lo dispuesto en el Artículo 51 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala”.

Asimismo se le otorga funciones en la Ley de Libre Negociación de Divisas, Decreto número 94-2000 del Congreso de la República de Guatemala, si bien, esta ley es parte de la regulación del sistema financiero nacional, no se detallará lo relativo a la misma por no tener una relación directa con la problemática sujeta a análisis en la presente investigación.



Supervisión de la cual se deriva la facultad de imponer sanciones correspondientes, estando facultada para la realización de auditorías, además de las más amplias facultades investigativas, basadas en una supervisión consolidada. Producto de lo cual puede evaluar normas, procedimientos y sistemas y publicar información suficiente, veraz y oportuna sobre la situación de las entidades sujetas a su vigilancia, para conocimiento de sus usuarios financieros. En relación con lo una supervisión efectiva de las organizaciones bancarias, es una condición necesaria para mantener una economía sólida, puesto a que garantiza los medios de pago y la distribución adecuada del ahorro.

En relación a la supervisión el licenciado Mario García Lara establece: “Durante mucho tiempo, los supervisores, en su afán de controlar a las entidades que están bajo su vigilancia e inspección, han basado su modelo de supervisión bajo un enfoque tradicional en el que, principalmente, verifican el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria, esencialmente aquella relacionada con la liquidez, solvencia y solidez patrimonial, así como, la evaluación de los riesgos; detectando los incumplimientos después que éstos se han manifestado... No obstante, la tendencia internacional en el marco de regulación y las prácticas de revisión de los órganos supervisores se orienta a la adopción de un enfoque de Supervisión Basada en Riesgos (SBR). Dicho enfoque permite al supervisor evaluar y dar seguimiento a los diversos riesgos, financieros y no financieros, que son inherentes y relevantes a las entidades supervisadas - en función de su tamaño y complejidad - antes que éstos afecten su situación financiera y



operativa (enfoque ex – ante), que lógicamente conllevarán a incumplir la normativa legal y reglamentaria que les es aplicable...”.²⁷

iii. Estabilidad financiera

“Su principal objetivo lo constituye el obtener y mantener la confianza del público en el sistema financiero y en las entidades sujetas a su control, vigilando porque éstas mantengan solidez económica y liquidez apropiada para atender sus obligaciones, que cumplan con sus deberes legales, y que presten sus servicios adecuadamente a través de una sana y eficiente administración”.²⁸ Se considera que la liquidez bancaria está íntimamente relacionada con la confianza del público en las instituciones, así como con el prestigio que precede a las mismas.

iv. Asesoría permanente

El superintendente, quién ejerce la dirección superior de la institución y es nombrado por la Junta Monetaria, actúa dentro del ámbito de acción del sistema de banca central, bajo la dirección general de la Junta Monetaria, de la cual es asesor permanente. Encontrándose dentro de sus funciones cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables. Esta asesoría implica una vigilancia constante, un cuidado especial, una diligencia debida en cosas y asuntos de competencia de la Superintendencia de Bancos.

²⁷ García Lara, Mario. **Nuevo enfoque de supervisión**. Pág. 1

²⁸ Ortega González, José Luís. **Op. Cit.** Pág. 27



c) Ámbito de competencia

La competencia, sin puntualizar mayor definición doctrinaria, se encuentra constituida por el conjunto de facultades y atribuciones que la ley le proporciona a un órgano para que preste un servicio público y con ello satisfacer la búsqueda del bien común de la población.

En el caso particular de la Superintendencia de Bancos, su competencia no se restringe a determinado ámbito, puesto a que se encuentra inmersa dentro de todo el sistema bancario operante en el país. Lo cual implica que tiene facultad para realizar cualquier forma de vigilancia que diversos entes le presenten, o que de sus funciones se desprenda un necesario conocimiento. Inclusive la ley autoriza a la Superintendencia de Bancos para intervenir las empresas bancarias, más ésta ha sido incapaz de detectar a tiempo anomalías, que funden estas acciones.

La determinación de estas competencias múltiples se encuentran: a) a nivel constitucional en el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala; y b) a nivel ordinario: con fundamento en la parte considerativa de la Ley de Bancos y Grupos Financieros y La Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

Tanto la Junta Monetaria, como la Superintendencia de Bancos y el Banco de Guatemala son los tres entes estatales que velan por la seguridad bancaria en el país.



2.4. Introducción a la empresa bancaria

A pesar de existir una normativa especial para regular la empresa bancaria o los bancos, no se determina una definición legal en ésta normativa, expresando de manera general: “para los efectos de la presente Ley, la denominación “banco”, comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el mismos”; lo anterior según el Artículo 2 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Por lo que además de las definiciones acotadas al inicio del capítulo puede definirse la empresa bancaria o banco como: “institución o empresa autorizada por la Ley y que se dedica a la comercialización o intermediación del crédito, otorgando préstamos a quien le falta el capital obteniendo como ganancia un capital adicional que se denomina interés”.²⁹

Otro término que debe puntualizarse es: sistema bancario, éste forma parte del sistema financiero y desempeña un papel de vital importancia en el crecimiento económico del país. Su función principal consiste en movilizar recursos financieros de las unidades que generan ahorros hacia las unidades que carecen de capital suficiente para sufragar sus necesidades financieras. Esta movilización implica guardar fondos ajenos, en formas de depósitos, producto de esta salvaguarda la entidad cobra una serie de comisiones a manera de remuneración.

²⁹ Martínez Domínguez, Aura Violeta. **La violación del secreto bancario por parte de las entidades emisoras cuando otorgan información de los límites de crédito de los tarjetahabientes.** Pág. 22





CAPÍTULO III

3. Contratación bancaria

El ser humano desde sus inicios ha requerido de una serie de satisfactores para cubrir sus necesidades básicas, sin embargo con el paso del tiempo las relaciones humanas se han tornado cada vez más complejas, al punto de trasladar necesidades que fueron accesorias en algún momento, en indispensables, tal es el caso de la contratación bancaria.

Es indudable que la producción y prestación de bienes y servicios de forma amplia y variada responde al desarrollo del conocimiento del hombre y al avance tecnológico generado por el mismo, de ello deriva la enorme relevancia que han tomado los grandes productores industriales, comerciantes y prestatarios. En atención a lo cual, las relaciones bancarias modernas tienen su origen en el consumo masivo de bienes y servicios que contribuyen a remediar válidamente las necesidades básicas reales del ser humano. La extensión de la capacidad económica del ser humano, se materializa pues en la utilización de diferentes figuras jurídico-monetarias e instituciones encargadas del custodio, manejo y uso de la misma.

Los bancos conforman una estructura compleja, un sistema jurídico-administrativo, que realiza funciones mucho más sofisticadas que las realizadas en sus orígenes, y conforman parte integral del sistema financiero alrededor del cual giran una serie de servicios de naturaleza patrimonial. Al inicio, pero ya avanzada la empresa bancaria, se



elaboraban contratos individuales a cada suscriptor, no obstante, esto resultaba demasiado costoso y ocupaba demasiado tiempo, por lo que se ideó un sistema de contrataciones mediante formularios y minutas preestablecidas, a los cuales los interesados únicamente se adherían. Lo cual genera que ciertas cláusulas puedan acoger condiciones desventajosas para los usuarios, colocándolos en una posición de indefensión ante el proveedor bancario.

“La contratación bancaria es una contratación puramente mercantil que debe fundamentarse primeramente en el principio contractual de autonomía de la voluntad y la libertad de pactos entre las partes tanto la institución bancaria como el adquirente del bien o servicio ofrecido, dándonos el supuesto de que todo lo establecido en las cláusulas de éste tipo de contratos es negociable por las partes que en él participan”.³⁰

3.1. Términos introductorios

- a) Derecho bancario: Conjunto de normas jurídicas, integrantes del Derecho Mercantil, que se refieren a las personas, las cosas y los negocios, mediante los cuales se realizan las operaciones bancarias.

- b) Derecho financiero: El conjunto de principios y normas que gobiernan la formación, el funcionamiento, la actividad y la liquidación ordenada de las instituciones que tiene por objeto la captación, el manejo, el aprovechamiento y la inversión de

³⁰ Gallardo Urbina, Jairo René. **Op. Cit.** Pág. 7



fondos provenientes del ahorro del público, así como el ofrecimiento de servicios auxiliares del crédito.

- c) Sistema bancario o banca: Constituye la organización administrativa conformada por los bancos y otras instituciones con funciones similares a estos, que operan en cada país regidos por principios económicos que inspiran sus normas jurídicas en este sentido.
- d) Banca central: La actividad bancaria más propiamente el sistema financiero, al convertirse en una actividad de interés estatal convino concebir la regulación del mismo mediante el establecimiento de un organismo superior, un banco central que coordine las actividades y funciones de los bancos. Este sistema se sustenta en la existencia de un banco central habilitado para el desarrollo de políticas monetarias y mantenerlas acordes con el ámbito internacional.
- e) Bancos: Empresas mercantiles dedicadas de forma normal y permanente a actividades consistentes en comprar y vender la utilización del dinero o capitales, su principal función consiste en la intervención o mediación en operaciones referentes a dinero y títulos-valores. “Los bancos reciben del público capitales ociosos y los ponen a disposición de inversiones productivas y de igual manera negocian con valores”.³¹ Implica un llamamiento habitual al público para obtener fondos mediante operaciones pasivas y colocarlos mediante operaciones activas.

³¹ Araujo López, Juan Ramón. Solórzano Funes, Elmer Saúl. Rivera López, José Napoleón. **Op. Cit.** Pág. 29



Cabe esbozar una ilustrativa clasificación de los bancos atendiendo a la naturaleza de las operaciones en las que en base a la práctica repetitiva se han especializado; existiendo así: a) Bancos de emisión o bancos centrales, que han sido previamente abordados; b) Bancos comerciales, los cuales actúan como auxiliares del comercio operando como instituciones de crédito a corto plazo “capturan recursos del mercado, los que utilizan junto con su propio capital y reservas; atienden requerimientos de recursos de particulares para gastos de consumo ordinario”.³² c) Bancos financieros o industriales, financistas de actividades de gran diversidad de empresas; d) Bancos agrícolas, cuyos fondos se destinan con exclusividad al sector agrícola; e) Bancos de créditos hipotecarios, que actúan como concesionarios de préstamos a largo plazo garantizados con hipotecas; f) Bancos de comercio, especialistas en admisión de depósitos y en concesión de créditos a corto plazo, para facilitar la financiación del capital circulante de las empresas; g) Bancos de capitalización, los cuales utilizan contratos para formar capitales mediante ahorro permanente y constante para construir reservas técnicas destinadas a garantizar el reembolso de los capitales; h) Bancos fiduciarios, dedicados a la transferencia de bienes en base a contratos de fiducia mercantil o fideicomiso, en la cual existe la obligación de destinar los mismos a una finalidad determinada.

f) Crédito: implica una obligación cuyos elementos personales son el acreedor y deudor. Es el contenido básico de toda operación bancaria, consistente en el

³² *Ibíd.* Pág. 38



aplazamiento o dilación en la prestación debida, generalmente hace alusión a la entrega de una suma de dinero.

- g) Usuario: Persona individual o jurídica que adquiere a título oneroso o por derecho establecido legalmente, servicios prestados o suministrados por proveedores de carácter público o privado. (Art. 3 Ley de Protección al Consumidor y Usuario).

- h) Negocio jurídico: Es definido como: “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”.³³ Según lo establecido en el Código Civil, Decreto Ley número 106, en el libro quinto relativo a las obligaciones, teoría de aplicación común a la contratación guatemalteca, específicamente en el Artículo 1251: “El negocio jurídico requiere para su validez, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”. No se establece una definición legal per se, sin embargo, se puntualizan los elementos constitutivos del mismo.

- i) Contrato: Su definición legal se encuentra puntualizada en el cuerpo normativo citado en el párrafo superior, en el Artículo 1517 que establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Como definición doctrinaria puede citarse la que establece que:

³³ De Castro, Federico. **El negocio jurídico**. Pág. 25

“consiste en un acuerdo de voluntades, en un entrelazamiento de promesas, aceptaciones de las mismas, que generan vínculos entre las partes contratantes”.³⁴

j) Tasa: Relación de cambio, en virtud de la cual se pagaría una suma de dinero contra la prestación de un determinado servicio. Precio máximo o fijo que se señala, por la autoridad, a ciertos productos o servicios.

k) Tasa del interés: Cantidad que debe reeditar el dinero, generalmente cuando es dado a préstamo, y que es fijada por la ley, por la administración pública o por sus organismos bancarios oficiales. Cuando ese interés excede en mucho al fijado conforme a lo antes mencionado, se reputa usurario.

3.2. Definición de contrato bancario

Según el Diccionario Jurídico Espasa el contrato bancario se define como: “Categoría puramente doctrinal que se aplica a los contratos que celebran los bancos con un cliente en el desarrollo de su actividad específica de intermediación en el crédito indirecto. Acoge también a los contratos entre esos mismos sujetos respecto de una actividad accesoria señalada. Los contratos por adhesión o formulario en los que juegue de manera especial la buena fe recíproca, de no consumarse instantáneamente,

³⁴ Gallardo Urbina, Jairo René. **Análisis de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria.** Pág. 3 y 4



suelen originar la apertura y llevanza de una cuenta bancaria en la que se anotarán las prestaciones de las partes”.³⁵

En ese mismo sentido se establece: “el contrato bancario se le califica como una actividad de interposición o intermediación para el cambio y la producción del crédito que al ser llevada al terreno contable toma la forma de una cuenta en un Banco, y que se desenvuelve a través de los terrenos contractuales clásicos modificados por ciertos elementos tipificados”.³⁶ En esta misma línea algunos explican que los contratos bancarios no constituyen una categoría jurídica sino más bien una agrupación técnica, cuya peculiaridad radica en la intervención de una empresa bancaria que condiciona la voluntad de sus contratantes.

Existen dos criterios doctrinales en relación a la consideración de contrato bancario: a) una objetiva, que considera contrato bancario en función de la recepción de créditos para concederlos luego, con independencia de la intervención de un banco, pudiendo perfeccionarse incluso entre particulares; para otros autores este mismo criterio alude a la estandarización y masificación; y b) una subjetiva, que sostiene que es contrato bancario todo aquel en el que interviene un banco, pero deja en conflicto los contratos de suministros y laborales. Por la lejanía entre ambas tesis, se ha generado una tesis integradora en la cual: “podemos afirmar que habrá contrato bancario cuando una personas física o jurídica, acepte las condiciones propuestas por una empresa bancaria o entidad financiera autorizada por el poder público para intermediar monetaria o

³⁵ **Diccionario jurídico Espasa.** Pág. 242

³⁶ Castillo Escobar, Domingo Fabrizio. **Análisis de los contratos bursátiles contenidos en la ley del mercado de valores y mercancías.** Pág. 9



crediticiamente, a efecto de celebrar cualquier operación bancaria”.³⁷ Por lo cual es un acuerdo condicional de voluntades, en el cual la parte que condiciona es una empresa bancaria o establecimiento financiero, producto del acuerdo mencionado se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas con objeto de operaciones bancarias.

3.3. Naturaleza jurídica del contrato bancario

En relación a la naturaleza jurídica del contrato bancario, éste es considerado un contrato de crédito, encuadrándose así en los tipos generales de contratos conocidos, específicamente en los establecidos en materia mercantil, regulados en el Código de Comercio de Guatemala entre las operaciones de crédito. Más, es importante resaltar que la práctica bancaria configura en buena medida a los contratos bancarios, conviene rechazar el concepto de contrato financiero, puesto que el término financiero tradicionalmente se atañe a las finanzas públicas, que si bien tienen hasta cierto punto relación, no lo definen en su totalidad.

3.4. Operaciones bancarias

Las operaciones bancarias o de crédito pese a la sutileza gramatical de su denominación, técnicamente no son operaciones sino contratos, por lo que es preciso anotar esta particularidad. En palabras de Molle: “la actividad de los bancos se concreta en operaciones o más exactamente en contratos. De hecho, las dos expresiones,

³⁷ Jinesta Lobo, Ernesto. **Contratos bancarios**. Pág. 3



operaciones bancarias y contratos bancarios, son en esencia equivalentes...”.³⁸ En ese mismo sentido se considera “los contratos bancarios no son más que el esquema jurídico de la operación bancaria o el antecedente conceptual que sustenta y explica la ejecución de la misma”.³⁹ Incluso la doctrina mercantilista considera que tanto las operaciones bancarias como de la bolsa son el conjunto de contratos mercantiles cuya realización constituye una característica esencial de determinada institución, existe una inminente relación entre los conceptos puesto que estudiar los contratos bancarios implica necesariamente analizar las operaciones celebradas por las empresas bancarias, solo que enfatizando los elementos jurídicos pertinente al acuerdo de voluntades. Por lo que a criterio de la autora ambos términos aluden al mismo conjunto de hechos pero desde perspectivas diferentes.

Tanto los contratos bancarios como las operaciones bancarias son figuras que comprenden actos habituales practicados por las empresas bancarias, en términos generales: “Los bancos realizan la distribución del crédito tomando dinero (a crédito) a quienes les confían sus capitales en depósito, para entregar después a crédito ese mismo dinero a quienes necesitan capitales para sus negocios y además, son creadores de crédito, porque sin necesidad de facilitar inmediatamente a los clientes todo el dinero correspondiente a los créditos abiertos, pueden conceder crédito, lo que implica consentir más crédito que el monto de los depósitos recibidos”.⁴⁰

³⁸ Giocomo Molle. **Manual de derecho bancario**. Pág. 113

³⁹ Jinesta Lobo, Ernesto. **Op. Cit.** Pág. 1

⁴⁰ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 17

3.4.1. Clases de operaciones bancarias

Existen diversas clasificaciones de operaciones bancarias, las cuales atienen a los autores consultados, sin embargo, existe una clasificación de aceptación mayoritaria, seguida por muchos tratadistas de derecho bancario, la cual implica que existen: a) operaciones fundamentales; y b) operaciones accesorias.

a) Las operaciones fundamentales, son aquellas que implican una función típica del banco, propia de la intermediación de crédito o captación de ahorro. “Las operaciones bancarias representan la corriente de capitales que fluyen hacia las instituciones bancarias, en ellas el banco asume el carácter de deudor porque recibe créditos, como en los depósitos bancarios. Por su parte, las operaciones bancarias activas, significan la salida de esos mismos capitales, percibidos por el banco, hacia las empresas y hacia los particulares; en ellas el banco asume el carácter de acreedor por que otorga créditos como el descuento”.⁴¹

b) Las operaciones accesorias, las que el banco no realiza sus funciones típicas, sino prestando servicios, como depósito de títulos para administración, custodia de valores o títulos, cajas de seguridad, entre otros.

⁴¹ Castillo Escobar, Domingo Fabrizio. *Op. Cit.* Pág. 11

3.5. Técnica contractual

3.5.1. Estandarización y masificación contractual

La estandarización de los contratos bancarios surgen al considerarse poco viable para el oferente o empresario bancario en relación a la realización de contratos personalizados a cada individuo que solicita la prestación de sus servicios, gestándose así los contratos standard, tipo, en masa o por adhesión. La característica principal de estos es la ausencia de negociación, limitándose a la libertad de los contratantes a decidir si se incrusta o no al clausulado pre-redactado su por la entidad. Este condicionamiento previo, genera en muchas ocasiones la vulneración o disminución de derechos reconocidos por las leyes que desvirtúan la buena fe contractual.

La contratación en masa implica pues la creación de modelos idénticos para los usuarios, con lo que el principio de autonomía de la voluntad propio de la contratación común civilista y mercantilista se debilita.

3.6. Contenido contractual

3.6.1. Crédito

Se ha considerado que el contenido del contrato bancario está constituido por el crédito, el cual constituye un respaldo económico -mediante la transferencia temporal del poder

adquisitivo de bienes, dinero y/o servicios- que la empresa bancaria ofrece por un lapso determinado de tiempo, para ser devueltos a futuro.

3.6.2. Condiciones generales de contratación bancaria

En palabras de Castro y Bravo estas condiciones de contratación constituyen: “conjuntos de reglas que en particular en este caso una institución bancaria ha establecido para fijar en contenido tanto derechos como obligaciones de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar”.⁴²

En relación con lo cual el autor García Amigó puntualiza: “cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vistas a la celebración de una serie indefinida de contratos que al ser aceptada por las partes pasan a regular la relación contractual que aquéllas deseen crear, estableciendo su contenido normativo y, por efecto reflejo, el contenido obligacional subjetivo, sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinaria”.⁴³ Constituyen de tal forma reglas determinadas unilateralmente por la empresa bancaria de forma total, para una cantidad indefinida de contratantes, quienes limitados en su libertad de contratación decidirán únicamente respecto a su incorporación o no al contenido contractual exclusivamente imputable a la empresa bancaria.

⁴² Citado por: Arce Gargollo, Javier. **Contratos mercantiles atípicos**. Pág. 62

⁴³ Citado por: Gallardo Urbina, Jairo René. **Op. Cit.** Pág. 14

Las condiciones generales de la contratación bancaria encuentran su motivación en diferentes aspectos, entre los cuales se encuentran:

- a) Razones económicas: En relación a los costos que generaría la realización de contratos específicos individuales para cada solicitante, se ideó una solución jurídica general y uniforme para satisfacer la demanda de comercialización de bienes y servicios.
- b) Razones jurídicas: Debido a que la ley reconoce como tipos de contratos mercantiles aquellos denominados de adhesión, mediante el uso de formularios con la finalidad de acelerar las gestiones en beneficio de los solicitantes, los empresarios bancarios adoptan esta práctica con la permisión legal que los ampara. Adaptando así la legislación positiva a los intereses de las instituciones bancarias, innovando con todo tipo de cláusulas, algunas de las cuales pueden tildarse de abusivas.
- c) Razones tecnológicas e informáticas: Hace alusión a instrumentos como la banca electrónica, los cuales derivan de la automatización de la información y gestión bancaria facilitada con los avances provenientes de la utilización del internet.
- d) Razones sociológicas: “porque la vida masificada exige también respuestas masificadas”,⁴⁴ es decir, la uniformidad del contenido contractual hace posible racionalizar las operaciones comerciales en pro de las partes involucradas.

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 15

Aunado a lo cual se encuentran la rapidez, seguridad, eficiencia y competitividad que prima la necesidad de celebrar contratos más prácticos a los consumidores y usuarios en base a las exigencias comerciales modernas. Son indiscutibles los beneficios al tráfico mercantil de este tipo de contratación pero también son insalvables sus cuestionamientos.

3.7. Caracteres de los contratos bancarios

a) Adhesivo: Como fue puntualizado hasta este punto los contratos bancarios constituyen contratos de adhesión, es decir, el cliente se adhiere al modelo pre estipulado por el banco, pese a que este contrato se perfecciona con la manifestación de voluntad del adherente, éste es libre de aceptar o no las condiciones pactadas. Esta es su principal característica, la imposición de una sola voluntad como requisito de su organización empresarial. “El contrato sigue sujetándose en el consentimiento, solo que la coincidencia de voluntades sigue aquí un proceso más simple y más rápido: una voluntad se impone y otra se somete”.⁴⁵ El asentamiento o adhesión al esquema negocial preestablecido, la peculiaridad radica en que la oferta proveniente de la empresa bancaria es permanente, mientras la adhesión es individual y transitoria.

b) De rápido perfeccionamiento y fácil constatación para su ejecución: El contrato de adhesión, como documento elaborado unilateralmente por las entidades para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la

⁴⁵ Jinesta Lobo, Ernesto. **Op. Cit.** Pág. 5

celebración de las operaciones que lleven a cabo con sus clientes. Tratándose de entidades financieras, se considerarán las operaciones pasivas, activas o de servicio, y tratándose de entidades comerciales, se considerarán las operaciones de crédito, préstamos o financiamientos.

Es un contrato tipo, es decir, las operaciones bancarias se reducen a un contenido uniforme y predeterminado cuyas consecuencias jurídicas se encuentran determinadas concretamente. Con lo cual se asegura la característica de la rapidez que la uniformización de los contratos y cláusulas, lo cual a su vez genera una fácil ejecución con la contabilidad que se ejerce. Aunado a lo cual se encuentra la buena fe recíproca, que se refleja por un lado en relación al banco, con el secreto bancario, la verdad sabida en relación al apego a las condiciones de contratación, entre otros; mientras del lado del contratante, en proporcionar información veraz en su conducción en las operaciones que solicite, y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

- c) *Intuitae personae*: El otorgamiento del crédito, tan medular en el tópico abordado supone la concesión recíproca de un cierto grado de confianza entre la empresa bancaria hacia el contratante, en el entendido que si bien, dicha empresa presta servicios generales no por ello los otorga indiscriminadamente, por lo cual escoge con singular cautela sus clientes. Esta característica se refleja en la capacidad de rescisión que ampara a las partes por incumplimiento de condiciones, generalmente la empresa bancaria es la que inicia este tipo de acciones por insolvencia económica de la parte contratante.

d) Buena fe: Principio de aplicación continua, en relación a la formación, ejecución e interpretación.

e) Secreto bancario: “Se trata del deber de confidencialidad impuesto a las entidades financieras, y que constituye prácticamente una obligación profesional, consistente en no revelar informaciones sobre las fuentes, destino y cuantía de las operaciones realizadas con sus clientes, y de los estados financieros de éstos”.⁴⁶

⁴⁶ **Ibíd.** Pág. 7

CAPÍTULO IV

4. Tutela del usuario bancario

“En el campo jurídico es necesario estudiar las instituciones que están inmersas en el quehacer legal y resulten de interés actual; en esta idea resulta innegable que las instituciones bancarias son de muy amplia consulta, tanto por los estudiosos del derecho como por los usuarios que acuden a depositar dinero en cuentas corrientes, a recibir préstamos bancarios y realizar hipotecas para afianzar sus respectivos créditos”.⁴⁷ De allí la importancia de estudiar de forma independiente las funciones bancarias y su repercusión en la vida cotidiana.

4.1. Descripción de la problemática fundante: La debilidad institucional

El mercado financiero se caracteriza por su información asimétrica, en la que el usuario y el vendedor tienen información diferente sobre una transacción, la cual conlleva en sí una falla que afecta las decisiones económicas de los agentes. En una economía en libre competencia se considera que los mercados actúan con información perfecta, consideración que dista de la realidad, ya que en la mayoría de transacciones económicas existen diferencias en la cantidad y la calidad de información de que disponen los agentes.

⁴⁷ Araujo López, Juan Ramón. Solórzano Funes, Elmer Saúl. Rivera López, José Napoleón. **Op. Cit.** Pág. 21 y 22

Es por esto que la protección al usuario usualmente orienta su justificación a partir de la caracterización de la relación de consumo por el desequilibrio entre sus partes. Así, se asume que el usuario se encuentra en una condición natural de inferioridad o debilidad con relación a la entidad financiera que presta los servicios. Esta situación es la que se entiende plantea la necesidad de implementar instrumentos jurídicos para restablecer el equilibrio contractual, con fundamento básicamente, en nociones de justicia correctiva.

El autor Eduardo Antonio Barbier expresa: “el nivel más afectado es el del cliente común o singular: del denominado “consumidor bancario”, o consumidor de crédito en el derecho comparado... por otra parte, el adherente no necesariamente es un sujeto poco dotado o desinformado, aunque es cierto que son signos que se presumen evidentes en los consumidores. Esa especial atención del cliente común sólo es distinta respecto de la que merece la totalidad del género “clientela”, por el grado de intensidad con que debe aplicarse en una imaginaria escala intuitiva, desde que el ahorro y el crédito merecen siempre un cuidado calificado sin importar quienes intervienen como contraparte de las entidades financieras”.⁴⁸

Para poder cumplir con lo establecido en el Artículo 119 literal i) de la Constitución Política de la República de Guatemala que dicta la obligación estatal de defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos; así como de la literal k) del mismo cuerpo legal que también encuadra como obligación del Estado el proteger la formación de capital, el ahorro y la

⁴⁸ Barbier, Eduardo Antonio. **Contratación bancaria**. Pág. 42

inversión; se vuelve evidentemente necesaria la protección del usuario financiero, no sólo por motivos de carácter económico, sino también por motivos de transparencia, en las relaciones de consumo y por los principios rectores del derecho mercantil que son la verdad sabida y la buena fe guardada.

“La industria bancaria guatemalteca no sólo puntea mal en lo que a supervisión pública se refiere. Tampoco obtiene buenas calificaciones en el monitoreo privado. Sólo uno de los diez bancos más grandes del sistema había sido calificado en 2003 por agencias internacionales calificadoras de riesgo. (En la actualidad son tres los bancos que cuentan con dicha calificación). En contraste, en la región latinoamericana más de la mitad de los diez bancos más grandes de cada país han sido calificados por dichas empresas. Además no existen calificadoras de riesgo nacionales”.⁴⁹ De lo cual se extrae la debilidad que aqueja a la autoridad superior nacional, tal es el caso de la quiebra de entidades bancarias como: Banco del Café, S. A. y el Banco de Comercio, S. A., por nombrar algunos, los cuales pese haber formado parte del sistema financiero reglado, no se advirtió ninguna anomalía con antelación a sus usuarios, quienes vieron desmoronarse sus patrimonios. El contexto anterior ha deteriorado aún más la situación financiera al generar un grado de desconfianza preocupante en la percepción del público y en la reacción de éste ante rumores de quiebra, escenario sobre el cual se han decretado normativas tales como la relativa al pánico financiero.

Cabe mencionar que la reputación del sistema financiero depende en gran medida de su propio accionar y contrarrestar la crisis que la desconfianza puede generar

⁴⁹ Mendoza, Carlos A. **Estudio sobre la protección para los usuarios del sistema financiero.** Pág. 4

dependerá de procurar tanto la seguridad jurídica, como la justicia para los usuarios, esto principalmente en base a un marco legal que garantice la efectiva protección de los mismos y el fortalecimiento del mercado.

4.2. Modos o mecanismos de control

Las instituciones bancarias ofrecen medios de satisfacción de necesidades a quienes carecen de ellos, posicionando las relaciones en un plano de dependencia económica del consumidor o usuario ante la institución bancaria, esta necesidad cimienta la imposibilidad de negociar, transar o intercambiar libre y en igualdad de condiciones los contratos. Es por ello que es obligación del Estado buscar la protección del consumidor y usuario, quienes constituyen la parte más vulnerable en estas relaciones, la finalidad es garantizarle por lo menos en un grado mínimo la protección de sus intereses mediante la creación de la legislación adecuada, o bien de la creación de órganos especializados, o mediante la tutela judicial efectiva.

Los mecanismos de control se definen como: "... medios que se crean por parte del Estado con el objeto de proteger y dar seguridad jurídica a la parte más débil en el plano económico que solicita y adquiere bienes y servicios por parte de una entidad bancaria, creando métodos, mecanismos y soluciones creando un análisis profundo y específico de cada una de las cláusulas que conforman las condiciones generales de contratación de carácter bancario".⁵⁰ Esto constituye un ataque directo que confronta los postulados relativos a la aceptación mediante la firma, en condiciones

⁵⁰ Barbier, Eduardo Antonio. **Op. Cit.** Pág. 18

desventajosas económicamente, contra los principios de verdad sabida y buena fe guardada y los valores de honradez, honestidad y confianza que deben primar en el tráfico mercantil, en un plano ídico.

Estos mecanismos pueden ser de tres tipos: a) Legislativos; b) Administrativos; y c) Judiciales. Los cuales se explicarán a continuación:

a) Los mecanismos legislativos, como la palabra lo denota, son aquellos provenientes de disposiciones legales, de normas positivas de carácter general, proponiendo generalmente sanciones en razón de inobservancia de las mismas. Tal es el caso de la Ley de Protección al Consumidor, bajo el Decreto Ley número 1-85 del Jefe de Estado, normativa que pese a su vigencia, no es aplicada en la práctica, la cual fue actualizada por el Decreto legislativo número 6-2003, la cual no contempla lo relacionado a las operaciones y servicios ofrecidos por el sistema financiero. Por lo que se considera que existe un vacío legal en esta temática, pese a existir un número significativo de leyes en materia financiera, como las acotadas en capítulos anteriores.

b) Los mecanismos administrativos, a través de los órganos en cuya competencia se encuentra la autorización previa de los contratos bancarios, con la finalidad de prevenir abusos por parte de los predisponentes de las mismas.

c) Mecanismos judiciales, este tipo de control se presenta teóricamente, más la realidad es que Guatemala no cuenta con este tipo de control debido a que los jueces que

conocen este tipo de conflictos no cuentan con una capacitación debida para lograr una correcta interpretación de las cláusulas de dichos contratos, en atención no solo a la parte legal, sino a la jurídica, al espíritu del derecho mercantil y los principios que los robustecen.

4.3. Protección del crédito en el derecho comparado

En México -con independencia de los órganos propios del sistema financiero-, existe un fuerte marco regulatorio, al perfilarse una Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros -CONDUSEF-, cuya creación responde a una ley del mismo nombre decretada en 1999 y se constituye como un organismo público descentralizado, con autonomía técnica en sus resoluciones y facultad de imponer sanciones. "Tiene entre otros objetos, el de promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios de operaciones de inversión, de cheques y de ahorro, contratos de crédito, cuentas de ahorro para el retiro, prima de seguro, etc."⁵¹

En Argentina existe una normativa relativa a tarjetas de crédito, más un proyecto de ley en el año 2005 que propuso la creación de una Defensoría para la protección de los usuarios de productos y servicios financieros.

En República Dominicana además de contar con un Reglamento de Protección al Usuario de los Servicios Financieros datada en el año 2006, cuentan con una

⁵¹ Universidad autónoma de México. **Derecho bancario y bursátil**. Pág. 54

asociación civil sin fines de lucro que nació de la necesidad de defenderse frente a las prácticas usureras de la banca, denominada Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios.

En España, como dato interesante de derecho comparado, existen asociaciones de usuarios de banca, los cuales alertan a través del internet sobre cláusulas abusivas o nulas que se detectan en determinadas instituciones bancarias, para que los usuarios puedan protegerse ante estas irregularidades. Lo cual más que encuadrarlo en los mecanismos descritos, constituiría un mecanismo social, probablemente apoyado en profesionales de derecho, quienes podrían identificar este tipo de anomalías y hacerlas públicas en beneficio colectivo. En Europa se comenzó a legislar en pro de los clientes del sistema financiero en la década de 1980, específicamente en Inglaterra y España.

Por otro lado en América Latina fue hasta la década de 1990 que se gesta el germen regulador de esta problemática. En la región centroamericana que es la mayormente concerniente a esta investigación de titulación, únicamente El Salvador y Panamá cuentan con regulación específica para proteger a los usuarios de sus sistemas financieros; en el país vecino, se emitió la Ley de Protección al Consumidor, en el año 2005.

4.4. Precedente legal versus vacío legal

La creación de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor -DIACO- constituye un significativo avance en la tutela de la población económicamente débil, previo a lo

cual se decretó una ley rudimentaria que sirvió como antecedente a la entidad descrita, la ley en mención data de 1985, bajo el nombre de Ley de Protección al Consumidor. Dicho decreto-ley tuvo como finalidad primordial evitar el alza inmoderada de los precios de productos y servicios esenciales para la población, bajo la figura de delitos económicos, los cuales llevaban aparejada una sanción. Sin embargo, dicha ley fue discontinuada en razón de las inconstitucionalidades que afectaron a la normativa que la conformaba, más su innovación es oportuno, sea resaltada.

Posteriormente y mediante Acuerdo Gubernativo del Presidente de la República, bajo el número 425-95 se creó la DIACO como dependencia del Ministerio de Economía. Se creó como respuesta al mandato constitucional, en cuanto a la obligación estatal de defensa a los consumidores y usuarios; este marco legal engendrado se fortaleció con el Acuerdo Ministerial número 250-95, el cual reglamentó la normativa sustantiva. Dentro de la competencia de esta dependencia administrativa se encuentra: La recepción de reclamos en relación a la afectación de derechos e intereses de consumidores y usuarios; celebración de convenios entre proveedores y consumidores o usuarios con base en principios; procurar la solución de conflictos; el traslado de denuncias o reclamos fuera de su competencia a los órganos competentes y prestar asesoría.

Para el año 2003 se decretó la Ley de Protección al Consumidor y Usuario la cual idealmente derogaría el Decreto Ley número 1-85 antes mencionado y las disposiciones reglamentarias producto de esta normativa. Por ende, se presumiría que la DIACO desaparecería, sin embargo, este nuevo decreto bajo el número 06-2003 en

sus disposiciones derogatorias, lejos de mencionar cualquier supresión dentro del contenido normativo, se mantiene a la DIACO como dependencia del Ministerio de Economía, haciendo alusión únicamente a que esta dirección deberá ajustar su procedimiento y funciones a lo prescrito por esta nueva ley, convalidando así la importancia de dicha dependencia.

Por ejemplo “Durante 2008 la DIACO reporta 167 quejas contra empresas emisoras de tarjetas de crédito, lo cual representó aproximadamente, menos del 5 por ciento del total de quejas recibidas en ese año... el principal reclamo es el de cobros indebidos, el cual representa el 65 por ciento de las quejas recibidas sobre tarjetas de crédito”.⁵²

Como corolario a este aparato y con posterioridad a la revisión de la legislación pertinente es preciso puntualizar que no existen instrumentos legales para la protección y defensa de los usuarios de los servicios prestados y operaciones realizadas por las entidades que conforman el sistema financiero guatemalteco.

4.5. Propuesta de protección del usuario bancario

“La frecuente innovación en los mercados financieros, y el nivel de su complejidad, no van de la mano con el desarrollo de mecanismos de control a favor de los usuarios de los productos y servicios financieros”.⁵³ Esta situación fue mayormente perceptible gracias a la crisis financiera de los últimos años, revelando serias deficiencias en la

⁵² Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor. **Estadística año 2009.** <http://www.diaco.gob.gt/ESTADISTIC/indice.html>.

⁵³ Mendoza, Carlos A. **Op. Cit.** Pág. 1

regulación tanto de productos como de servicios, aunado a lo cual se encuentra la burla de las reglas existentes en este sentido.

Si bien es cierto, como apoyo en el cumplimiento de uno de estos preceptos constitucionales, se cuenta con la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, ésta no tiene ámbito de aplicación en el sistema financiero, por lo que corresponde a la Superintendencia de Bancos ser el encargado de velar por los usuarios que establecen cualquier tipo de relación contractual con las entidades que están bajo su supervisión. Siendo a través de la Superintendencia de Bancos que el Estado realiza la función de vigilancia e inspección de las entidades sujetas a su control con arreglo a lo que determinan las leyes financieras en la materia, tutelando el interés público como objetivo teleológico fundamental.

El Estado al autorizar el funcionamiento de las entidades financieras, las vincula a un régimen jurídico de derecho público que están obligadas a observar, de manera que su actuación está permanentemente vinculada a las disposiciones legales, reglamentarias y cualesquiera otras que les sea aplicable, y la obligación de velar por que se cumplan y hacerlas cumplir corresponde a dicho órgano supervisor.

En base al contexto anterior, es perceptible que el usuario financiero queda desamparado en caso de incumplimiento de los derechos económicos que le asisten, es por esto que se vuelve necesario facultar a la Superintendencia de Bancos como un ente protector de estos derechos.

Cuando las tasas de interés exceden en mucho al margen ganancial que necesitan las entidades financieras, se reputa usurario; generalmente esta problemática se suscita en virtud de que el usuario no ha sido claramente informado sobre el monto de comisión, los porcentajes de las tasas de interés y/o de los gastos en que éste incurrirá en caso de existir un atraso en la fecha de pago estipulada para el cumplimiento de la obligación, tal es el caso de los recargos. En razón de lo cual es incuestionable la importancia que ha adquirido el denominado deber de información o derecho a ser informado, que le asiste al usuario cada vez que pretende establecer una relación de consumo o servicio. Puesto a que desde la formación del contrato, el usuario requiere de una correcta, completa y eficaz información que le permita ver la conveniencia o no del producto o servicio financiero que desea adquirir.

El derecho/obligación de informar en una negociación contractual está diseñada para permitir a las partes poder prefigurar con exactitud las características esenciales del negocio que se va (eventualmente) a concretar, y las partes podrán hacerlo porque conocen o son capaces de conocer las circunstancias objetivas, que son de suma importancia en la economía: Las reglas generales de los intereses que cada uno de ellos aspira a ser definido. Por ello se entiende que es bipartita, es decir, incumbe a ambas partes de la relación contractual, pero tiene una mayor connotación en cabeza de la entidad financiera, pues es la que se encuentra en situación de ventaja por las cualidades y conocimientos que posee por su permanente actividad en el mercado, su profesionalidad y especialización en la materia sobre la que se quiere contratar.

La respuesta a la problemática no radica necesariamente en procurar la contratación perfecta, puesto a que en el ámbito bancario y financiero esto sería más complejo de lo normal, ya que para que un contrato sea perfecto debe ser lo más completo posible, contemplando todas las posibles contingencias, el riesgo asociado se distribuye eficientemente entre las partes y toda la información relevante ha sido comunicada.

Por ello es necesario contar con un ente regulador con las facultades suficientes para brindar información que establezca parámetros y/o límites para que la relación contractual sea ganar-ganar, es decir, que la entidad financiera logre el lucro deseado y que los usuarios financieros no sufran de cobros usurarios.

Actualmente el Artículo 42 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que la tasa de interés se pacta libremente, aunado a que se expresa como una tasa de interés mensual y los intereses no pagados se capitalizan, características que originan que la tasa pactada resulte en la realidad, inferior a la tasa real que se cobra por el financiamiento, lo cual va en detrimento de la transparencia de la información hacia el usuario financiero y adicionalmente provoca un incremento en la deuda contraída.

Como posibles soluciones, se propone: a) Facultar a la Superintendencia de Bancos para regular las comisiones y tasas de interés, así como cualquier otro concepto de cobro de las operaciones celebradas por las entidades financieras con clientes, tomando las medidas regulatorias pertinentes, estas medidas se mantendrán sólo mientras subsistan las condiciones que las motivan en la regulación y establecer las bases para la determinación de dichas comisiones y tasas de interés, así como

mecanismos de ajuste y períodos de vigencia; y b) Que dentro de la competencia de la Superintendencia de Bancos se le faculte para emitir resoluciones trimestralmente con el rango de la tasa de interés variable, constituido por la tasa de interés anual promedio ponderada de los créditos al consumo. Promoviendo con ello sanas prácticas y revistiendo de certeza al cálculo de los intereses por mora. En este caso sería necesario de igual forma que la Superintendencia de Bancos mantuviere una base de datos actualizada en la cual se establezcan las comisiones o intereses vigentes y utilizar los medios de difusión para dar a conocer al público los mismos.

Ambas propuestas tendrían como objetivo prioritario procurar la equidad en las relaciones entre usuarios e instituciones financieras, fortaleciendo así a la parte más vulnerable de la relación, al revestirla con una seguridad jurídica que lo ampararía en las operaciones que realicen y establezcan con las instituciones en mención.

Al dotar a la Superintendencia de Bancos de tal atribución necesariamente se le estaría facultando para: a) Atender y resolver consultas de los usuarios financieros entorno a relaciones provenientes de vínculos jurídicos con instituciones financieras; b) Formular procedimientos conciliatorios entre las partes de la relación jurídico-financiera; c) Emitir dictámenes cuando le sea solicitado; d) Coadyuvar con las entidades y autoridades para lograr la equidad en la relaciones usuario-instituciones; e) Emitir recomendaciones y hacerlas de conocimiento del público en general; f) Elaborar estudios relacionados a esta materia; g) Vigilar y verificar el cumplimiento de las directrices dictadas en el margen de su competencia; y h) Promover nuevos y mejores procedimientos que optimicen las condiciones de mercado a favor de los usuarios, entre otras.

Todo ello para combatir, detener, modificar o evitar todo tipo de prácticas que lesionen los derechos de los usuarios financieros.

El incumplimiento de las instituciones financieras en lo dispuesto por la Superintendencia de Bancos los haría acreedores de sanciones como parte de un procedimiento administrativo, y como todo procedimiento podría ser objeto de impugnación, lo cual en el presente caso sería apelable ante la Junta Monetaria, como ente rector del sistema financiero.

Lo cual no exime a las entidades financieras de la obligación de promover la transparencia en todos los contratos, estipulando en ellos, las comisiones y otros cargos que el usuario deba sufragar, lo cual va en concordancia con lo estipulado en la Ley de Bancos y Grupos Financieros que indica que únicamente se podrá cobrar comisiones y otros cargos por servicios efectivamente prestados, mismos que deberán haberse especificado en el contrato. Esta situación se agrava hasta cierto punto debido al vertiginoso desarrollo de la tecnología, que ha transformado incluso la tradicional presencia física y simultánea de las partes en el mismo lugar en que se celebra el contrato, esto con figuras como los contratos virtuales por diversos canales que pone a disposición al contratante la entidad bancaria.

El deber de información veraz a los contratantes o transparencia en las gestiones del banco conllevan a puntualizar la necesidad de un derecho contractual bancario. La empresa bancaria presenta dos órbitas: Una institucional, sujeta a un estatuto jurídico-público y una operacional, sujeta a un estatuto jurídico privado. A esta ramificación del

derecho bancario se le ha considerado parte del derecho mercantil, sin que ello sea óbice para reconocerle autonomía doctrinal, didáctica y legislativa. “En nuestro ordenamiento jurídico carecemos de disciplina jurídica exclusiva para los contratos bancarios, fenómeno que padecen casi todos los países latinoamericanos. Precisamente tal ausencia de sistemática y dogmática bancaria en los códigos de comercio ha dado lugar a que las legislaciones bancarias adquieran carta de autonomía legislativa. Hoy la actividad bancaria ya no cabría en los viejos moldes que regulaban las relaciones jurídicas. La organización en masa de los negocios bancarios y su influencia en la economía nacional han hecho necesaria la creación de un derecho nuevo”.⁵⁴

Para tener directrices establecidas, necesitamos basarnos en los principios aplicables que son:

- a) Legalidad: El principio de cumplir y hacer cumplir la ley no es más que ejercer el poder conforme a la ley, esto es, la observancia del principio de legalidad, base fundamental del Estado de Derecho y de hacerlo eficaz, es decir, que se cumpla mediante los medios coercitivos que el mismo ordenamiento jurídico establece.

- b) Derecho de Información: En términos generales, el derecho subjetivo a ser informado o a tener información.

⁵⁴ Jinesta Lobo, Ernesto. **Op. Cit.** Pág. 13

- c) Buena fe guardada: Entendida ésta objetivamente, como un comportamiento leal, honesto y transparente, a través de la cual se busca mantener en equilibrio las negociaciones contractuales en un mercado dinámico, en constante funcionamiento, evolución y caracterizado por la diversificación en las relaciones contractuales.

- d) Verdad sabida: Consiste en que las declaraciones de las partes contratantes se tomarán por ciertas o verdaderas.

- e) Legalidad de las formas: Principio procesal conforme al cual las formas del proceso son las que imponen las normas de procedimientos, no pudiendo ser alteradas por la voluntad de las partes.

- f) Mayor onerosidad: Este principio jurídico es aplicable al pago de las obligaciones, conforme al cual, en caso de duda, el pago debe ser imputado a la obligación más onerosa que pese sobre el deudor.

- g) Formalismo: todos los actos jurídicos deben ajustarse a las formas exigidas por la ley, para poder ser reconocidos como tales.

“La insuficiencia de los esquemas contractuales clásicos, frente al dinamismo de la organización empresarial y el tráfico mercantil impone la impostergable necesidad de normar a corto plazo y de forma detallada, todo en aras de los supremos principios de seguridad y certeza jurídica, en las relaciones privadas entre la empresa bancaria y su

clientela”.⁵⁵ Se considera con fundamento en lo anterior de interés social, la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros que prestan las instituciones tanto públicas como privadas, debidamente autorizadas. Los acontecimientos recientes exigen la creación del marco legal adecuado para la defensa de los usuarios del servicio financiero, además ola de reformas en este sentido en América Latina, crea el ambiente oportuno para sumarse a los avances provocados por las experiencias de diversos países.

La falta de voluntad política para la reforma solicitada, responde a una negligencia consensuada, es decir, la problemática es ignorada debido a que su resolución implicaría la afectación de poderosos intereses resguardados por el mismo marco institucional del país. Partiendo desde la integración del máximo ente en materia financiera, la Junta Monetaria, la negación del problema no es más que la reacción de banqueros guatemaltecos que responden a influencias políticas, económicas e interese creados.

“En el mundo la legislación para proteger a los usuarios va rezagada en comparación con la velocidad de las innovaciones en los productos y servicios financieros. Por un lado, la llamada convergencia financiera ha hecho obsoletos los antiguos esquemas de regulación. Por otro, la complejidad que acompaña las innovaciones aumenta las asimetrías de información”.⁵⁶

⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 13

⁵⁶ Mendoza, Carlos A. *Op. Cit.* Pág. 21

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La falta de regulación en cuanto a la protección del usuario financiero es un problema grave, puesto que es el incumplimiento a un mandato constitucional. Considerando los derechos económicos que le asisten a la población en general, conceptualizando pues, que la desprotección a estos usuarios lo enmarca dentro de una problemática. En ese sentido, para poder dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 119 literales i) y k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, es necesario modificar la Ley de Bancos y Grupos Financieros, ya que la problemática planteada tiene importancia en los siguientes ámbitos: económico, para que exista transparencia de información por el consumo de productos financieros o servicios prestados por entidades financieras; jurídico y legal, toda vez que la modificación legislativa que se propone, garantiza un marco de transparencia de información; y social, ya que la aplicación y ámbito en el cual se va a enmarcar afecta a toda la población guatemalteca.

En consecuencia, es de vital importancia para la economía guatemalteca implementar reformas al Artículo 42 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Dto. 19-2002 del Congreso de la República, con el objeto de facultar a la Superintendencia de Bancos -SIB-, para proteger al usuario financiero, regulando las tasas y operaciones de entidades financieras, con la única finalidad de evitar la problemática que tiene el usuario financiero respecto a los abusos que sufren por parte de las entidades financieras, en cuanto al cobro usurario de tasas de interés, comisiones y demás recargos.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1986.

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Nuevo derecho bancario**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1998.

ARAUJO LÓPEZ, Juan Ramón. Elmer Saúl Solórzano Funes. José Napoleón Rivera López. **Evolución de la banca en el Salvador**. El Salvador: Ed. Universidad El Salvador, facultad multidisciplinaria oriental, departamento de ciencias jurídicas, 2003.

BARBIER, Eduardo Antonio. **Contratación bancaria**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2ª. Edición 2002.

CASTILLO ESCOBAR, Domingo Fabrizio. **Análisis de los contratos bursátiles contenidos en la ley del mercado de valores y mercancías**. Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado de la Universidad Rafael Landívar. Guatemala: Ed. Universitaria, 2012.

DE CASTRO, Federico. **El negocio jurídico**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

Diccionario Jurídico Espasa. Madrid España: Editorial Espasa Calpe, S.A., 1998.

Dirección de Asistencia y Atención al Consumidor. **Estadística año 2009**. <http://www.diaci.gob.gt/ESTADISTIC/indice.html> (Guatemala, 22 de agosto de 2015).

GALLARDO URBINA, Jairo René. **Análisis de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria**. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: (s.e.), 2006.

GARCÍA LARA, Mario. **Antecedentes históricos**. <http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica.htm>. (Guatemala, 3 de agosto de 2015).

GARCÍA LARA, Mario. **Antecedentes históricos.** <http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica.htm>. pág. 1, 2 y 3. (Guatemala, 10 de agosto de 2015).

GARCÍA LARA, Mario. **Nuevo enfoque de supervisión.** <http://www.sib.go.gt/inc/ver. general/mod-supervisionnew.htm> pág. 1 y 2 (Guatemala, 10 de agosto de 2015).

GIOCOMO, Molle. **Manual de derecho bancario.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, (s.f.).

GUZMÁN HOLGUIN, Rogelio. **Derecho bancario y operaciones de crédito.** México: (s.e.), 2002.

JIMÉNEZ OROZCO, Genaro. **Distribución del riesgo y análisis de responsabilidad en los casos de fraude infamativo bajo la modalidad de phishing.** Aplicación de la ley de protección y defensa del consumidor. San José, Costa Rica: Ed. Facultad de derecho, 2012.

JINESTA LOBO, Ernesto. **Contratos bancarios.** http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTRATOS%20BANCARIOS.PDF (Guatemala, 20 de agosto de 2015).

MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, Aura Violeta. **La violación del secreto bancario por parte de las entidades emisoras cuando otorgan información de los límites de crédito de los tarjetahabientes.** Tesis de graduación de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: (s.e.), 2008.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derecho bancario y financiero.** Tomo I. Guatemala: Centro Editorial VILE, (s.f.).

MATA D'AVANZO, Andrea. PEÑA ACUÑA, Maricela. **Responsabilidad civil de los intermediarios financieros en el caso de desmejora o pérdida de la garantía, conforme a la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, alcances del Artículo 35 de la ley.** Costa Rica: Ed. Universidad de Costa Rica, 2001.

MENDOZA, Carlos A. **Estudio sobre la protección para los usuarios del sistema financiero.** Chicago, Estados Unidos: Ed. Central American Business Intelligence –CABI-, 2010.

ORTEGA GONZÁLEZ, José Luis. **Regular al Banco de Guatemala, órgano rector del sistema financiero guatemalteco como ente fiduciario y fideicomitente especial para la constitución de fideicomisos estatales.** Tesis de graduación de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: (s.e.), 2009.

PÉREZ OROZCO, Gilberto Rolando. **Normas y procedimientos de auditoría I y II.** Guatemala: (s.e.), (s.f.).

RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho bancario.** 5ª. Ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1978.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique. **Derecho bancario.** 1ª. Edición, México: Ed. Reproflo S.A., de C.V. (s.f.).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO. **Derecho bancario y bursátil.** México: Ed. Facultad de derecho, 2004.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Editorial Serviprensa Centroamericana, 1978.

VILLAGRÁN HERNÁNDEZ, Karla Johanna. **Ineficacia de la Supervisión que efectúa la Superintendencia de Bancos, a la información que le presentan los bancos, que operan en el sistema financiero del país.** Tesis de graduación de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: (s.e.), 2008.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Compendio jurídico técnico y práctico de la actividad bancaria.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1989.