

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

**ANTINOMIA JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 45 Y 54 DE LA LEY DE
BANCOS Y ACTIVOS FINANCIEROS RESPECTO A LA ADQUISICIÓN DE
ACCIONES PROPIAS COMO ACTIVOS EXTRAORDINARIOS**

ISRAEL ESTUARDO CABRERA MELARA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2022

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

**ANTINOMIA JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 45 Y 54 DE LA LEY DE
BANCOS Y ACTIVOS FINANCIEROS RESPECTO A LA ADQUISICIÓN DE
ACCIONES PROPIAS COMO ACTIVOS EXTRAORDINARIOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ISRAEL ESTUARDO CABRERA MELARA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2022

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Lemuel Lorenzo Chávez López
Vocal: Lic. Arael Osbelí Dionicio Orozco
Secretario: Lic. Carlos Alejandro Osoy Castellanos

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Marta Alicia Ramírez Cifuentes
Vocal: Licda. Claudia Chacón
Secretaria: Licda. Doris Anabela Gil Solís

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, uno de abril del dos mil veintidós.

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante ISRAEL ESTUARDO CABRERA MELARA, con carné 201122309 intitulado: **ANTIMONIA JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 45 Y 54 DE LA LEY DE BANCOS Y ACTIVOS FINANCIEROS RESPECTO A LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS COMO ACTIVOS EXTRAORDINARIOS.**

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.

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
 Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

SAQO

Fecha de recepción 19 / 05 / 2022 (f)

Asesor(a)
 (Firma y sello)

Carlos Enrique Aguirre Ramos
 ABOGADO Y NOTARIO



**LIC. CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS
ABOGADO Y NOTARIO**



Guatemala 05 de julio del año 2022

**Doctor Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala**



Distinguido Doctor:

De conformidad con el nombramiento de fecha uno de abril del año dos mil veintidós, como asesor del trabajo de tesis del alumno **ISRAEL ESTUARDO CABRERA MELARA**, intitulado: **“ANTINOMIA JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTICULOS 45 Y 54 DE LA LEY DE BANCOS Y ACTIVOS FINANCIEROS RESPECTO A LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS COMO ACTIVOS EXTRAORDINARIOS”**, procedí a asesorar al estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes y declaro que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley con el estudiante referido, por lo que emito opinión tomando en cuenta lo siguiente:

- a) El trabajo de investigación realizado es un aporte científico y técnico con un amplio contenido jurídico y doctrinario, siendo objeto de desarrollo y análisis del trabajo de investigación de tesis fundamentado en la importancia del derecho bancario y en la importancia de esclarecer la antinomia jurídica contenida en la Ley de Bancos y Activos financieros.
- b) La metodología utilizada en la realización del trabajo de investigación fue acorde al desarrollo de los capítulos. En la introducción y contenido, se utilizó el método analítico, así como también los métodos deductivo e inductivo. La técnica empleada fue la documental.
- c) Los objetivos fueron alcanzados y la hipótesis formulada quedó comprobada. El trabajo desarrollado por el estudiante señala la importancia que tiene realizar una reforma para solucionar la antinomia jurídica existente dentro de la Ley de Bancos y Activos Financieros.
- d) Los métodos y técnicas de investigación empleados fueron los indicados y permitieron entender los elementos que analiza el estudiante, así como los criterios técnicos y jurídicos que le dan fundamento a cada argumento.
- e) La contribución científica del tema es de importancia y basada en un contenido de actualidad. En cuanto a la conclusión discursiva, se relaciona con el contenido del trabajo de investigación y refleja el adecuado nivel de síntesis jurídico con el verdadero objeto del tema. La bibliografía utilizada para la elaboración de la tesis ha sido la adecuada y tiene relación con los capítulos desarrollados.

LIC. CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS
ABOGADO Y NOTARIO



Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Asesor de Tesis
Colegiado 3,426

Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, nueve de noviembre de dos mil veintidós.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ISRAEL ESTUARDO CABRERA MELARA, titulado ANTINOMIA JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 45 Y 54 DE LA LEY DE BANCOS Y ACTIVOS FINANCIEROS RESPECTO A LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS COMO ACTIVOS EXTRAORDINARIOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien ha sido mi guía en todo momento, y me ha protegido siempre.
- A LA VIRGEN Y A SAN JUDAS TADEO:** Por interceder en la realización de mis metas, objetivos y sueños ante Dios todo Poderoso.
- A MI MADRE:** Rosa Amelia Melara Pedroza, quien con su esfuerzo, amor y dedicación hizo de mí; una mujer llena de sueños y metas. A quien hoy, orgullosamente le dedico este triunfo.
- A MI PADRE:** Israel Estuardo Cabrera, quien hoy descansa en paz, por darme ese ejemplo de lucha, perseverancia amor y guía, aunque no te pueda ver más desde el más allá lo celebras conmigo. Un beso al cielo y un abrazo al viento orgullosamente te dedico este triunfo.
- A MI HERMANO:** Bryan Cabrera víctima de la violencia que se vive en el país, gracias por los momentos de compañía y felicidad, este logro va también por vos.
- A MI TÍO:** Jorge Antonio Cabrera, víctima de la violencia que vive este país, por ser ese apoyo inmediato y tener una atención especial siempre para mí y cada uno de mis hermanos.

A MIS HERMANOS:

Cristian, Marelyn, Nancy, Carolina y Heber,
ser compañeros de alegrías, tristezas y lucha.



A MIS AMIGOS:

Quienes me han brindado su apoyo y cariño, en cada una de las etapas de esta meta. En especial a Hugo Mayen, Neto Velásquez, Mikel Mancilla, David Martínez, Ángel de León, Pedro Debroy, Byron Salvatierra, Estuardo Campos, Daniel Sarat y Maheva Ayala.

A:

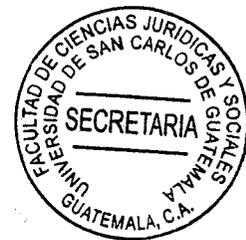
Los integrantes de la Asociación de Estudiantes El Derecho 2019-2020: Cesar Calmo, David Pappa, Alexander Arceo, Miguel Castillo, José Solis, Dafhly Rodríguez, Kenny Tórtola, Oscar Taracena, Claudia Álvarez, Carlos Moctezuma y Javier Sarmiento.

A:

La asociación de Estudiantes El Derecho AED, por brindarme la oportunidad de lograr un crecimiento íntegro y cognoscitivo al lado de cada uno de los integrantes que la conformamos en el período 2019-2020

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por ser la sede de todo el conocimiento adquirido en estos años.



PRESENTACIÓN

La presente investigación trata de establecer la importancia que tiene la forma en la que deben actuar los activos dentro de Guatemala, específicamente en el caso de los activos extraordinarios, de tal manera que se pueda determinar la importancia que tienen estos dentro del derecho bancario y como estos han de realizarse en el territorio nacional cuando dentro de los mismos, se incluyen las acciones propias del banco en cuestión.

Fue desarrollada en los ámbitos del derecho del derecho constitucional, como garante de todos los derechos y de la adaptabilidad que debe de representar el derecho en el territorio nacional, así como el derecho bancario que estudia la manera en las cuales deben de actuar las entidades bancarias dentro del territorio nacional y la supervisión que debe de aplicarse a través de la Superintendencia de Bancos por medio de la Junta Monetaria y el derecho mercantil que determina la manera en la que deben de desarrollar las acciones dentro del territorio nacional. La investigación se realizó de febrero a julio de 2022.

Dentro de la presente investigación, el objeto de estudio responde a la manera en la cual se debe de realizar la adquisición de activos extraordinarios dentro del contexto del derecho bancario de Guatemala, de tal manera que se sepa cómo debe de realizarse dentro del territorio nacional. Por su parte, el sujeto de la investigación recae sobre las entidades bancarias en Guatemala como sujeto activo y pasivo de la forma en la que se reúnen los roles en la adquisición de acciones propias, también la Superintendencia de Bancos sin dejar de lado a la Junta Monetaria de Guatemala como entidad que determina la forma en que debe de actuarse el derecho bancario en el territorio nacional.

El aporte académico del trabajo de investigación consiste en la determinación de la validez y legalidad en la adquisición de acciones propias de entidades bancarias como activos extraordinarios de conformidad con la Ley de Bancos y Activos Financieros, así como si los mismos crean una antinomia jurídica dentro del derecho bancario nacional.

HIPÓTESIS



Cuáles son las situaciones que inciden para que un banco pueda comprar sus propias acciones como activos extraordinarios, para con ello tener una base sobre la cual poder discutir y determinar la correcta interpretación de las normas que las contienen y tener certeza en cuanto a su aplicación en un caso concreto, y especialmente a qué personas, actos u objetos son los correctos destinatarios de la norma y la viabilidad de esta acción en virtud con la ley nacional.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



En la investigación, se utilizó una hipótesis descriptiva en donde se describió un problema y se consideró una solución al mismo, la anterior fue validada, a través de la utilización del método inductivo-deductivo y método analítico-sintético, derivado que se realizó un estudio general, desde el punto de vista legal, doctrinario y práctico de la aplicación de la manera en la que se deben de tomar en consideración a los activos financieros dentro del territorio nacional, sobre todo en el caso de acciones propias y su adquisición.

De conformidad con lo anterior, se pudo comprobar la hipótesis y establecer que es necesario que existe una antinomia jurídica entre lo normado en los artículos 45 y 54 de la Ley de Bancos por lo que es preciso que esta sea resuelta para saber que procede conforme a derecho.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional y adaptabilidad del derecho	1
1.1. Definición de derecho constitucional.....	1
1.2. Objeto del derecho constitucional.....	5
1.3. Adaptabilidad del derecho.....	11
1.4. Realidad social.....	13

CAPÍTULO II

2. Derecho bancario.....	17
2.1. Antecedentes históricos.....	17
2.2. Definición de derecho bancario.....	22
2.3. Naturaleza jurídica del derecho bancario.....	24
2.4. Fuentes del derecho bancario.....	25
2.5. Instituciones bancarias en Guatemala.....	27
2.6. Regulación legal del derecho bancario.....	28

CAPÍTULO III

3. Los activos extraordinarios.....	35
3.1. Concepto de activos extraordinarios.....	37
3.2. Funcionamiento de los activos extraordinarios.....	38
3.3. Procesos contables requeridos para los activos extraordinarios.....	40
3.4. Los activos extraordinarios y su explotación.....	41



CAPÍTULO IV

4. Validez y legalidad en la adquisición de acciones propias de entidades bancarias como activos extraordinarios de conformidad con la Ley de Bancos y Activos Financieros.....	45
4.1. Las antinomias jurídicas.....	47
4.2. Prohibiciones contenidas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	51
4.3. Las acciones bancarias y su funcionamiento.....	56
4.4. Antinomia jurídica contenida en los artículos 45 y 54 de la Ley de Bancos y activos financieros respecto a la adquisición de acciones propias como activos extraordinarios.....	57
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	63



INTRODUCCIÓN

La investigación se justifica en la poca claridad que existe en la ley sobre la manera en la cual se pueden adquirir las propias acciones del banco o entidad financiera, ya que debe de definirse una manera en la cual pueden o no aceptarse esta situación, si esta es viable y de ser viable determinar la legalidad de esta práctica para que cuente como un activo extraordinario de una entidad bancaria en el territorio nacional.

El objetivo de la investigación fue determinar la viabilidad y legalidad en la adquisición de acciones propias de entidades bancarias como activos extraordinarios de conformidad con la Ley de Bancos y Activos Financieros. Por su parte, la hipótesis de la presente investigación hizo referencia a las situaciones que inciden para que un banco pueda comprar sus propias acciones como activos extraordinarios, para con ello tener una base sobre la cual poder discutir y determinar la correcta interpretación de las normas que las contienen y tener certeza en cuanto a su aplicación en un caso concreto, y especialmente a qué personas, actos u objetos son los correctos destinatarios de la norma y la viabilidad de esta acción en virtud con la ley nacional.

En el primero, se desarrolló al derecho constitucional y adaptabilidad del derecho; en el segundo, por su parte se estudió lo referente al derecho bancario; el tercero, por su parte explicó los activos extraordinarios en Guatemala; el cuarto, analizó la validez y legalidad en la adquisición de acciones propias de entidades bancarias como activos extraordinarios de conformidad con la Ley de Bancos y Activos Financieros.

Para el desarrollo de la presente investigación, fueron utilizados tres métodos de investigación: el analítico para analizar la importancia que tiene el estudio de los principios del derecho constitucional así, como los derechos bancario y mercantil dentro del territorio nacional de tal manera que se pueda determinar cómo funcionan los activos financieros en el territorio nacional, así como las acciones que pueden ser objeto de adquisición; el deductivo, ya que abarca desde la forma más amplia y general del derecho bancario y derecho del comercio, así como los principios que estos poseen, de tal manera que se



pueda explicar cómo deben de realizarse la adquisición de los activos extrafinancieros dentro del derecho bancario nacional respecto a la manera en la cual la Junta Monetaria debe de aplicar sus normas en el territorio nacional; el método analítico para analizar la importancia que tiene el estudio del derecho bancario y derecho mercantil, así como de la adaptabilidad del derecho para poder regular cualquier situación que requiera su intervención y tutela protectora. Por su parte, la técnica utilizada en la investigación fue la documental, que centra su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos documentales disponibles en las funciones de información, en libros, revistas y periódicos e internet, sobre el derecho constitucional; derecho bancario y derecho mercantil en virtud de la ley de Guatemala de tal manera que se pueda determinar cómo estos deben de funcionar.

La Ley de Bancos y Activos Financieros Decreto 04-2002, conforme con el Estado de Guatemala, responde a las necesidades de desarrollo del sistema bancario del país, por lo que es preciso determinar que esta ley determina la manera en la cual deben de realizarse las actividades de todos los agentes del sistema financiera regulado y en específico la de los bancos en el territorio nacional, normando las condiciones y reglas a las cuales deben de someterse las entidades bancarias en el territorio nacional, en tal contexto se puede determinar que el Artículo 45 de la Ley de Bancos y Activos Financieros establece la norma prohibitiva siguiente: “A los bancos les está prohibido: conceder financiamiento para pagar, directa o indirectamente, total o parcialmente, la suscripción de las acciones del propio banco, de otro banco o en su caso, de las empresas que conforman su grupo financiero; así como admitir en garantía o adquirir sus propias acciones”. Lo anterior determina como regla general que los bancos dentro de su dinámica no pueden adquirir sus propias acciones; no obstante, a esa regla general el Artículo 54 de la misma ley regula la excepción a la regla, pues, no obstante, las prohibiciones y limitaciones impuestas por esta Ley, los bancos y, en su caso, las demás empresas del grupo financiero podrán recibir toda clase de garantías y adquirir bienes raíces, establecimientos comerciales.



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional y adaptabilidad del derecho

Es necesario que se analice la forma en que funciona la adaptabilidad y la realidad del derecho en la sociedad, así como su desarrollo en el territorio nacional, de tal manera que se pueda determinar cómo funciona el mismo y como la propia adaptabilidad del derecho sirve para crear normas jurídicas a través de los principios y garantías del derecho constitucional respecto a las necesidades de la población de Guatemala.

1.1. Definición de derecho constitucional

Es preciso definir el derecho constitucional como rama del derecho para entender su objeto de estudio y su alcance, así como su ámbito de aplicación y los efectos que tiene el derecho dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala.

Se puede definir al derecho constitucional como: “Rama del derecho público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan”.¹ Por lo tanto, se puede determinar que el derecho constitucional tiene como objetivo analizar cómo funcionan las entidades estatales y como estas funcionan dentro de un territorio determinado, fundamentándose legalmente en la Constitución Política de la República.

¹Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 300.



“Derecho constitucional es el conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado, determinan los principios a los que debe ajustarse su funcionamiento y señalan las garantías y derechos de que están asistidos todos los miembros de la comunidad política”.²

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que el derecho constitucional, estudia la forma en la cual se organiza al Estado, los principios que se emiten por el mismo y que determinan como debe de funcionar dentro de un territorio determinado, así como los derechos y garantías que poseen sus habitantes.

Cuando se analiza al derecho constitucional se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan la organización fundamental del Estado o bien a la rama del derecho público que estudia estas normas. El derecho constitucional clásico se centra en la constitución como esquema de normas de organización y utiliza el método positivo.

Posiciones doctrinales más modernas propugnan un enfoque dinámico, que incluya el estudio de las ideologías y la realidad social en que se enmarca la norma constitucional. El derecho constitucional comparado estudia las constituciones de distintos Estados, examinando sus peculiaridades y contrastes.

Si el derecho político es la parte del derecho público que estudia la organización y funcionamiento del Estado desde el punto de vista de sus temas y problemas esenciales, el derecho constitucional es la parte del derecho político que se dedica a la estructura

² Borja, Rodrigo. **Derecho político constitucional**. Pág. 304.



básica del Estado y estudia las normas fundamentales de su organización, generalmente en un texto constitucional.

Modernamente se incorpora: “Como parte del derecho constitucional, el estudio de las ideologías y de los hechos que tienen relación sobre la constante adaptación de la normativa constitucional a las nuevas realidades socioeconómicas que se plantean sucesivamente en la comunidad nacional. De esta forma, el sistema normativo constitucional está en constante desarrollo y es invocable directamente ante los tribunales”.³

A diferencia del derecho político, que se ocupa principalmente de la teoría del Estado, el derecho constitucional se ocupa de la estructura jurídica que en el derecho positivo tienen los Estados, y de la regulación de las relaciones que se producen entre el Estado y los ciudadanos o súbditos.

Generalmente, se le considera como la rama del derecho político relativa a la organización del Estado y a la regulación de las relaciones de los poderes de este entre sí y con los particulares gobernados.

Se pueden distinguir entonces, cuatro partes que conforman la definición del derecho constitucional, las cuales son:

³ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-constitucional/derecho-constitucional.htm>
(Consultado: 09 de julio 2022).



- a) La supremacía o superlegalidad que a él debe subordinarse en su orientación, todo el resto del origen jurídico: “Esta es la razón por lo cual, los gobernantes en sentido amplio no pueden validar los límites que este derecho fija, ya sea con las normas que dicten o con los actos que realicen”.⁴

Las leyes en sentido estricto, deben encuadrar en el marco establecido por la Constitución que, a su vez, solamente puede ser modificada por el llamado poder constituyente y no por los poderes de gobierno; en poderes constituidos. Queda pues bien claro que, en principio, tales reformas constitucionales están más allá de las atribuciones de los poderes que integran el gobierno. En lugar de superlegalidad a veces llamada simplemente legalidad, algunos autores prefieren hablar de juridicidad, como de un rasgo definitorio del Estado constitucional también denominado Estado de derecho.

Esto es inexacto, porque el término juridicidad, a menos que se pretenda alterar el significado de las palabras, no puede tener otro sentido que el de referencia a lo jurídico, es decir, al derecho y, siendo así, es obvio que el derecho existe en cualquier tipo de Estado.

- b) Soberanía del pueblo: “Toda la estructura jurídica establecida por el derecho constitucional se relaciona íntimamente sobre lo siguiente: la soberanía del pueblo”.⁵ Por lo tanto, el derecho constitucional debe residir en la voluntad del

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*



pueblo, es decir que el pueblo debe de decidir la forma en la cual deben de tomar decisiones.

- c) La estructura fundamental del Estado comprende la forma de gobierno: “Las atribuciones de los poderes constituidos deben ser limitadas, por cuanto no pueden violar los derechos fundamentales del hombre, las relaciones de los poderes entre sí y con los gobernadores y, en fin, otros aspectos de la convivencia como lo son aspectos políticos, económicos, sociales, culturales, ya que la jerarquía constitucional de muchas instituciones depende de valoraciones históricamente contingentes”.⁶

- c) Derechos fundamentales del hombre: que constituyen el aspecto principal y la razón de ser del derecho constitucional.

1.2. Objeto del derecho constitucional

Es preciso determinar el objeto del derecho constitucional, por cuanto es necesario analizarlo. El profesor André Hauriou define el objeto del derecho constitucional como: “El encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos”.⁷

“El derecho constitucional tiene como función garantizar el fin político por el cual se organiza una comunidad humana, en busca de su bienestar y seguridad existencial; tal fin

⁶ **Ibíd.**

⁷ Hauriou, Andrés. **Derecho constitucional e instituciones políticas.** Pág. 17.



únicamente será alcanzado si los actos humanos que lo llevan a cabo están fundamentados en un cuerpo normativo llamado Constitución, por constituir el mismo el fundamento jurídico de un país”.⁸

Las relaciones políticas que se generan en el seno de una sociedad tienen la característica fundamental de que no están circunscriptas o no abarcan únicamente a dos partes. Ellas son el carácter genérico, multilateral en referencia a la sociedad a la que pertenecen. Teniendo en cuenta las características descritas es que se puede afirmar que los denominados políticos afectan al individuo como tal, sin tener en cuenta la relación que el mismo tenga con otros grupos que integran el conglomerado social.

Los fenómenos, a los que se caracteriza como políticos, se circunscriben dentro del amplio contexto del Estado, como grupo social, política y jurídicamente constituido, y por ello tienen incidencia sobre todos los individuos, sea cual fuere su situación personal o situación social.

Así, en derecho constitucional, la primera pregunta es saber si su principal objeto de estudio la Constitución cuenta con un concepto unívoco, para, desde aquí, descubrir problemas y adelantar respuestas. Pero si se afirma que la Constitución es norma y, además, norma jurídica, ya se ha situado en los espacios del derecho; y, sin embargo, el derecho constitucional, aunque sea una más de las disciplinas jurídicas, no una disciplina como las demás. El derecho constitucional estudia una norma, la Constitución, pero no una

⁸ Alexandrov, Norberto Gabriel. **Teoría del Estado y del derecho**. Pág. 10.

norma cualquiera, sino la fundante del resto y, al tiempo, el vértice, material y formal del ordenamiento en su conjunto.



Por eso, no solamente cabe afirmar que el ámbito de estudio se sitúa en lo jurídico, sino que también determina la propia definición jurídica del resto. Y, no obstante, no se debe señalar lo referente a la realidad y lo político: “Nuestra visión ni puede ser norma vacía de realidad, ni realidad vacía de normatividad. En la norma y realidad, se encuentra el orden jurídico y poder político, el derecho constitucional obtiene su mayor fuerza, pero también las más encarnizadas de sus controversias doctrinales”.⁹ Es preciso entonces que el derecho constitucional sea una disciplina jurídica, aunque sus normas tienen claramente un fin político.

“El derecho constitucional es una disciplina jurídica en constante evolución y perfeccionamiento que a lo largo de más de dos siglos de existencia ha acumulado una vasta porción de conocimientos que difícilmente pueden ser sistematizados y presentados, para su estudio, como una sola asignatura, es por ello que se ha desarrollado temática en varios segmentos, formas o modalidades, siendo las más conocidas las siguientes: derecho constitucional general, derecho constitucional particular y derecho constitucional comparado”.¹⁰ A continuación, se describirán todas las modalidades del derecho constitucional de tal manera que quede claro, como este derecho se divide dentro de la doctrina.

⁹ Hesse, Konrad. **La fuerza normativa de la Constitución, en escritos de derecho constitucional**. Pág. 66.

¹⁰ <https://sites.google.com/site/derechocostitucionalb/formas-de-derecho-constitucional> (Consultado: 11 de julio de 2022).



- a) Derecho constitucional general: “Conjunto de normas jurídicas y fundamentos de aceptación universal. Nace a partir de la Revolución Francesa de 1789 y la americana de 1776, se llama también teoría constitucional que es el conocimiento abstracto de los conceptos constitucionales fundamentales. En efecto, su estudio comprende las instituciones políticas abstractas y comunes a varios ordenamientos jurídicos y constitucionales con características similares. Su importancia, como consecuencia de la globalización es cada vez mayor, debido a la necesidad de homogenizar las instituciones democráticas que permiten establecer determinados estándares democráticos en el mundo”.¹¹

Se puede determinar que esta división del derecho constitucional es aquella donde se abordan todos los derechos, garantías y lineamientos que constituyen un Estado de derecho, de ahí proviene la generalidad de este, ya que es aplicable a todos los habitantes dentro de un territorio determinado.

- b) Derecho constitucional particular: “Es la rama del derecho constitucional que estudian las instituciones políticas relativas a un Estado determinado o concreto. Los objetivos de esta disciplina solo podrán lograrse si previamente se conocen las instituciones políticas estudiadas por el derecho constitucional general. Desde este punto de vista, existen tantos derechos constitucionales particulares o especiales como Estados constitucionales hay en el mundo. Se trata, por tanto, de una de las disciplinas que integran la jurisprudencia de un orden jurídico dado, España,

¹¹ *Ibíd.*



Francia, Suiza, Estados Unidos, Perú”.¹² Este tipo de derecho constitucional se caracteriza por la manera en la que cada Estado determina sus derechos y obligaciones, también pueden incluirse dentro de este la forma en la cual se hacen las leyes.

- c) Derecho constitucional comparado: “Las constituciones a pesar de contar con instituciones comunes o similares a todo Estado, cuentan también con instituciones propias que se derivan de las singularidades o particularidades de cada uno de ellos. Y es que en realidad no existen en el mundo dos Estados iguales, a pesar de que muchos de ellos integren o pertenecen a la misma familia jurídica”.¹³

El reconocimiento de esta realidad impone la necesidad de estudiar comparativamente las instituciones políticas de los diversos ordenamientos constitucionales, particulares en el mundo.

Corresponde, pues, el derecho constitucional comparado, el análisis riguroso de las instituciones políticas de dos o más Estados, a fin de encontrar sus semejanzas y diferencias que permitan establecer lineamientos comunes de aplicación entre ellos, así como perfeccionar su funcionamiento. Sus estudios se justifican debido a la integración de los diversos sistemas constitucionales, así como a la ampliación de los conocimientos acerca de nuevas categorías jurídicas que hay en el mundo, encontrando el origen de los sistemas constitucionales, mejorando la labor

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*



legislativa. Como su palabra lo describe, el derecho constitucional comparado de hacer una comparación entre las situaciones que determinan los derechos y garantías que existen entre un ordenamiento constitucional y otro.

- d) Derecho constitucional internacional: “Es la rama del derecho constitucional donde le asigna jerarquía normativa, dentro de las constituciones nacionales de cada Estado, teniendo en este caso el derecho internacional obligatoriedad y responsabilizando al Estado por su incumplimiento u omisión. La teoría monista considera que existe un solo orden jurídico nacional e internacional, y por lo tanto ratificado un tratado, automáticamente se aplica en los Estados parte. Sostuvo Kelsen la supremacía del derecho Internacional sobre los derechos nacionales”.¹⁴

Para el dualismo derecho interno e internacional son dos órdenes jurídicas separadas y se necesita que el derecho interno por ley especial del Congreso incorpore la norma internacional al derecho propio. Es de importancia dar a conocer que esta división del derecho constitucional se trata de la manera en la cual el derecho internacional impacta a las constituciones políticas de cada país, para poder determinar cómo los convenios y pactos internacionales deben incluirse en el derecho constitucional a través del control de convencionalidad.

- e) Derecho procesal constitucional: “Si el derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del derecho procesal

¹⁴ *Ibíd.*



constitucional, pudiendo afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional. El derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referente a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el derecho procesal constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional”.¹⁵

El derecho procesal constitucional sirve para proteger en todo momento a la Constitución Política de un país en el caso de Guatemala, el derecho procesal constitucional está a cargo de la Corte Constitucionalidad quiénes son los que conocen situaciones que les competen, ya sea asuntos de amparo con estacionalidad y exhibiciones personales de tal manera que este entidad se pone en movimiento siempre que exista alguna posibilidad de que los derechos constitucionales sean ignorados o menoscabados y es este Tribunal que determina cómo deben de realizarse las acciones conducentes para que se restauren el imperio de los derechos vulnerados a través de un proceso específico constitucional que tiene vigencia en todo el país.

1.3. Adaptabilidad del derecho

El derecho como toda rama social debe de adecuar sus instituciones, elementos y en general la mayor parte de su estructura a los cambios que permanentemente se producen en las diversas áreas del conocimiento. Eso le permite tener vigencia real para regular los

¹⁵ **Ibid.**



nuevos hechos que se producen en el mundo contemporáneo, por lo que debe de cambiar conforme van cambiando las circunstancias, así, lo que se podía regular hace diez años, puede estar no vigente hoy, o lo que hoy se percibe como una necesidad, no existía hace años.

Los avances científicos tecnológicos sociales y culturales ponen a prueba la capacidad de adaptabilidad del derecho como ente regulador de este conglomerado casi imparable de nuevas situaciones que se generan a gran velocidad y que de no ser reguladas conllevarían seguramente a generar situaciones lesivas para las personas contrarias por lo tanto los fines del derecho y a lo que está consignado como finalidad del Estado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Frente a los nuevos cambios y situaciones que se producen el derecho debe actuar interviniendo para encauzar su regulación hacia sus fines esenciales de la convivencia pacífica y la justicia no es tanto lo que suceda existen situaciones que el derecho no puede regular y es en esta dónde debe de ponerse en manifiesto su adaptabilidad misma que se tiene que hacer efectiva través de la intervención de los ejes de hombres, los cuales deben de redactar las leyes necesarias para que su población obtenga la seguridad jurídica conducente.

El derecho trata en lo posible de adecuarse a este conjunto de cambios, sin embargo, no siempre es capaz de abarcar absolutamente a todos ellos, y es aquí donde juega un rol preponderante su capacidad para adaptarse a las nuevas circunstancias, las que una vez



reguladas por el derecho se traducen en instituciones jurídicas, leyes y otras formas de regulación jurídica.

Todos estos cambios constituyen factores condicionantes en la evolución del derecho, pues exigen de éste una permanente adecuación, de manera que, mediante su capacidad de adaptabilidad se produce un acoplamiento entre los diversos cambios producidos en el mundo y el sistema jurídico, hecho que no necesariamente ocurre de manera paralela, al mismo tiempo; sino que suele ocurrir que el derecho no siempre logra adecuarse absolutamente a todos los cambios, pero que no obstante, tarde o temprano son acogidos para ser regulados.

El derecho, entonces se puede considerar como un ente que cobra vida propia al intervenir en la regulación de los nuevos hechos y circunstancias que se van originando por el conocimiento y el actuar del hombre. Por lo tanto, debe de existir la respuesta del derecho frente a los cambios sociales, culturales, científicos y tecnológicos del mundo contemporáneo, lo que nos permite concluir preliminarmente que la capacidad de adaptabilidad que tiene el derecho le permite actuar dinámicamente para asumir los cambios que se generan en todas las esferas.

1.4. Realidad social

El ser humano vive en sociedad, forma parte de un contexto concreto y de la influencia del entorno también ejerce una huella notable sobre el sujeto individual. Este tejido social



muestra una realidad que tiene una entidad propia a partir de los principios, costumbres y normas que definen la cultura de un entorno determinado. Todas las personas vivimos en una realidad social determinada, formamos parte de un entorno en el que interaccionamos de un modo constante.

Dicha realidad social no es estática sino dinámica como muestra la evolución histórica de los pueblos. La realidad social muestra la influencia constante del todo y la parte consistente en el sistema y el individuo particular. En el seno de esta realidad social, existe una interacción constante entre los individuos que establecen relaciones entre sí.

La realidad social, es aquella percepción que el ser humano tiene a partir de su inserción en un lugar determinado por el momento o contexto, elegido o no, considerando las características propias sobre su cultura, valores, tradiciones, educación e identidad, entre otros.

En este sentido, la actividad investigadora, recargada en el método científico, conforma las características propias de enfrentarse a partir de la ciencia, el método y la técnica, al conocimiento específico de una realidad social en donde los hechos o fenómenos sociales tengan una respuesta.

Se puede determinar que se ha de considerar a la sociedad como una cosa, donde a partir de una perspectiva funcionalista, cada parte cumple una función específica y se establece un orden para poder mantener un todo y permitir entonces un adecuado funcionamiento



en general, su punto de partida es la perspectiva funcionalista, se puede analizar a la sociedad desde la visión sociológica y utilizar a las ciencias para observar el funcionamiento de la misma.

Es decir, con base al empirismo con el cual se pueda utilizar la estadística. De esta manera, la sociología aparecía como nuevo elemento científico capaz de establecer el orden en la sociedad a través de la ciencia, garantizando así un orden en la misma sociedad desde la postura positivista, para intervenir en ella con el fin de mejorar o promover su desarrollo.

Alrededor del mundo, en distintas sociedades, el hablar de la realidad social será visto desde diferentes ópticas, no se puede ni debe definir desde un solo enfoque, dadas las características propias de esas tan diversas sociedades. Por ejemplo, no es lo mismo hablar de una realidad social desde los grupos indígenas, o los grupos religiosos, los grupos excluidos, marginados, o desde el capitalismo o socialismo; será una visión totalmente diferente en cada uno de ellos.

Asimismo, no será igual el hablar de la realidad social desde un enfoque político sociológico, desde el filosófico o económico, por mencionar algunos, ni tampoco será igual hablar desde el punto de vista de la globalización, mundialización, o del neoliberalismo.





CAPÍTULO II

2. Derecho bancario

Para los efectos de esta investigación, es preciso determinar en qué consiste el derecho bancario; así como analizar como este se desarrolla en el territorio nacional, de conformidad con la ley y la doctrina.

2.1. Antecedentes históricos

Al referirse a los antecedentes históricos de la banca central en Guatemala, menciona: “Que los orígenes legales e institucionales del actual sistema de banca central en Guatemala se remontan al período 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 participación del Estado como accionista. Esta reforma culminó durante el mandato del General José María Orellana 1921-1926, y fue conducida en su etapa final, por un equipo liderado por el entonces Ministro de Hacienda.”¹⁶

En virtud de lo anterior, se puede determinar que en el Siglo XX se determinó, que era de suma importancia que existiera una forma que determinara como debe de funcionar el derecho bancario en el país, bajo el formato de la protección del Estado a través de un

¹⁶ <https://www.banguat.gob.gt/es/page/resena-historica> (consulta: 12 de abril 2022).



banco central y como este ha de desarrollarse en el territorio nacional, en tal contexto, se crean lineamientos legales para tal efecto.

En ese mismo contexto, se refiere a la estructura básica de la legislación financiera guatemalteca, emitida en 1945 y 1946, que permitió el ordenado funcionamiento del sistema en sus primeros cuarenta años de vigencia, a pesar de los cambios legislativos que sufrieron y que se les introdujeron en diversas ocasiones; sin embargo, estas leyes deberían de ser actualizadas en el territorio nacional.

“En 1993 la Junta Monetaria, aprobó el Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional, mediante dicho programa se propuso actualizar el marco regulatorio vigente, buscando reformas que favorecieran la estabilidad macroeconómica y que propiciaran una mayor apertura del mercado financiero, como asignadoras de los flujos financieros, todo ello; mediante el impulso de modificaciones reglamentarias y legales, las cuales no pretendían la derogación completa de las leyes vigentes, sino más bien, su adecuación a los nuevos tiempos”.¹⁷

Las disposiciones más destacadas en el ámbito legislativo en ese entonces fueron:

- a) El Acuerdo legislativo número 18-93, que reforma la Constitución Política de la República e introduce la prohibición de que el banco central financie al gobierno;

¹⁷ **Ibíd.**



- 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.

El conjunto de leyes enumeradas anteriormente, en esos momentos modernas, fueron las que impulsaron el motor del sistema moderno bancario, en los tiempos señalados por la historia. Para consolidar los logros obtenidos y profundizar la modernización completa del marco regulatorio del sistema financiero nacional, fue necesaria una reforma más profunda de la legislación vigente, la cual debería tener un carácter integral. Lo anterior implicaba reformar todo el conjunto de normas y leyes que regían al sistema de banca central y a la intermediación financiera. Los lineamientos de la reforma integral se formalizaron el 1 de junio de 2000, cuando la Junta Monetaria, en Resolución JM-235-2000 emitió el programa de fortalecimiento del sistema financiero nacional.



Como resultado de los lineamientos planteados por la Junta Monetaria y del diagnóstico del programa de evaluación del sistema financiero, la preparación de la reforma integral, de las leyes financieras se centró en la elaboración de cuatro proyectos de leyes fundamentales:

- a) Ley Orgánica del Banco de Guatemala: orientada a favorecer la estabilidad macroeconómica, que permita a los agentes económicos, la correcta toma de decisiones referentes al consumo, al ahorro y a la inversión productiva. También al sector financiero, para cumplir con su misión de asignar eficientemente el crédito, para lo cual debía definir claramente el objetivo fundamental del Banco Central, fortalecer su autonomía financiera, y exigirle transparencia y rendición de cuentas ante la sociedad.
- b) Ley Monetaria: esta debía complementar a la anterior, estableciendo las responsabilidades de la emisión monetaria, la definición de reservas internacionales y la determinación de las especies monetarias.
- c) Ley de Bancos y Grupos Financieros: orientada a propiciar la estabilidad del sistema financiero, permitir una mayor eficacia en la canalización del ahorro, fortalecer el sistema de pagos y aumentar la solidez y solvencia del sistema financiero. Para el efecto debía establecer un marco general, ágil y flexible para el funcionamiento de los grupos financieros, que permitiera la supervisión consolidada, favoreciendo la administración de riesgos y la salida ágil y ordenada de bancos con problemas.



- d) Ley de Supervisión Financiera: orientada a favorecer la solidez y solvencia del sistema financiero, promover el ahorro al propiciar la confianza del público en el sistema bancario y viabilizar la estabilidad del sistema financiero. Para ello, se debía fortalecer a la Superintendencia de Bancos, otorgándole independencia funcional, y dándole facultades para ejercer, con efectividad, la vigilancia e inspección de las entidades financieras del sistema.

Las cuatro leyes fundamentales, cuya vigencia inicia el 01 de junio de 2002, conjuntamente con la Ley de Libre Negociación de Divisas, que cobró vigencia en mayo de 2001, constituyen un cuerpo integral y consistente de regulación financiera, que atiende la delegación que el Estado, por mandato constitucional, haciendo al sistema de banca central el encargado de ejercer vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de la moneda.

En tal sentido, es fácil inferir que las cuatro leyes financieras fundamentales se enfocan a regular lo relativo a la circulación del dinero; es decir, a la creación de dinero primario por parte del Banco Central y a la creación de dinero secundario, por parte de los bancos del sistema. Es de esperar que con este marco legal y con su aplicación conjunta por parte de las autoridades monetarias, sea posible aplicar una política monetaria de primer orden, acorde con las mejores prácticas internacionales.

“En la actualidad el sistema financiero se encuentra integrado básicamente por las instituciones de crédito y los intermediarios financieros no bancarios, que comprenden a



las compañías aseguradoras y afianzadoras, casas de bolsa y sociedades de inversión, así como las organizaciones auxiliares de crédito”.¹⁸

El sistema financiero en Guatemala tiene un sector que es el financiero formal, el cual está regulado y conformado por instituciones cuya autorización es de carácter estatal, y que están sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Bancos, órgano facultado para tal fin. Este sector abarca un sistema bancario y uno no bancario. El primero incluye a los bancos comerciales y a las sociedades financieras, estas últimas, definidas por ley como instituciones especializadas en operaciones de banca de inversión, los cuales no captan depósitos y sus operaciones activas son de largo plazo.

2.2. Definición de derecho bancario

Es necesario definir en que consiste el derecho bancario del territorio nacional, de tal forma que se pueda establecer como se puede perfeccionar el mismo en el contexto de la legislación nacional.

En tal sentido se puede determinar que el derecho bancario como tal consiste en: “El conjunto de normas jurídicas reguladores de las relaciones entre particulares y entre las autoridades, nacidas del ejercicio de la actividad crediticia y bancaria, o asimiladas a éstas y aquellas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial y administrativa”.¹⁹

¹⁸ Acosta Romero, Miguel. **Derecho bancario**. Pág. 176.

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 180.



Se puede determinar que, como toda actividad social, supone sujetos, relaciones y 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.

“El derecho bancario es el conjunto de normas jurídicas, que tiene como fin principal, regular las relaciones que se dan entre las empresas bancarias, que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito”.²⁰

A partir de esas definiciones puede colegirse la existencia de tres aspectos cuya relación configura el qué hacer de la banca y por ende la reguladora por el derecho bancario:

1. Los sujetos bancarios, en cuanto a su estructura y funcionamiento.
2. Las operaciones bancarias.
3. Los objetos bancarios.

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 servicios 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 detentan las autoridades financieras.

²⁰ Ruíz Torres, Humberto Enrique. **Derecho bancario**. Pág. 25.



2.3. Naturaleza jurídica del derecho bancario

Se puede afirmar que la naturaleza jurídica del derecho bancario pertenece a la esfera del derecho público. Todo derecho es expresión de una ideología, por lo tanto; cuando se afirma que participa del derecho público.

Con ello, se está aceptando que el Estado asume un papel de garantista o de tutela de los derechos de terceros que confían en las instituciones bancarias en donde depositan sus pequeños, medianos o grandes capitales.

“La transformación del derecho bancario en derecho público, se aprecia en una serie de fenómenos económico-sociales. Ya se ha demostrado que una gran parte de la doctrina extranjera considera que la actividad bancaria es un servicio público y, consecuentemente, está sujeta a concesión o autorización por parte del Estado. Bajo esta perspectiva, las normas que regulen esos aspectos tienen el carácter de derecho público”.²¹

En tal sentido se puede determinar que se reconoce la naturaleza pública del derecho bancario, tomando en cuenta una variedad de consideraciones válidas sobre el servicio que se presta, debido a que, si bien es cierto que los bancos como entidades financieras son entidades privadas, con excepción del Banco de Guatemala; estos deben de ser garantizados, aprobados y apoyados por el Estado; lo cual se cumple en el caso de Guatemala a través de la Superintendencia de Bancos.

²¹ Acosta. **Op. Cit.** Pág. 55.



Habiendo establecido la esfera del derecho que responde el derecho bancario, se debe de establecer sobre la autonomía como parte de su naturaleza jurídica; en tal sentido se puede determinar que: “El derecho bancario, al que consideramos como una disciplina autónoma estudia un conjunto sistematizado y unificado del conocimiento sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales relativas a las actividades correspondientes a la banca, al crédito con métodos y fines propios y observando las directrices emanadas de las autoridades monetarias y de supervisión”.²²

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

2.4. Fuentes del derecho bancario

El concepto fuente del derecho es: “El fundamento u origen de las normas jurídicas y en especial, del derecho positivo vigente en determinado país y época”.²³ En el sentido llano de la palabra, podemos señalar como fuente, el origen o vertiente de donde nace determinada cosa. Para el caso de las normas jurídicas, es lo que da nacimiento o vida a una ley u ordenamiento jurídico y que en cierto momento es derecho positivo, es decir; de observancia obligatoria para cualquier sujeto dentro del territorio nacional, aunque puede también ser no vigente, tal el caso de cierto ordenamiento que ya perdió positividad,

²² Martínez Gálvez, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. Pág. 14.

²³ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 17.



derivado de la creación de otras normas jurídicas o porque la necesidad de su aplicación ya no es necesaria.

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

En ese contexto, se puede determinar que las fuentes del derecho bancario se pueden señalar de la manera siguiente:

1. Fuentes históricas: son todos aquellos documentos que el legislador consulta, para tener mejor certeza al crear o plantear la norma jurídica, dicho de otra manera; pueden ser documentos que contengan un conjunto de leyes que ya no se encuentran vigentes, pero que sirven para ilustrar mejor el planteamiento de la ley a crearse.
2. Fuentes reales: estos son los factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas, se pueden mencionar también, como las necesidades que tiene la población en determinado momento, para que pueda plantearse la creación de una norma jurídica al caso concreto, entre estos factores están los económicos, los sociales, los culturales, los éticos, religiosos, entre otros.
3. Fuentes formales: son los procesos de creación de las normas jurídicas, en nuestro país, este procedimiento es el señalado en la Constitución, es el procedimiento



legislativo, el Congreso de la República de Guatemala es el único ente encargado de crear, modificar o derogar las normas jurídicas en el país.

2.5. Instituciones bancarias en Guatemala

Para efecto de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, la denominación de banco comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidos en el mismo.

De conformidad con el Artículo 86 del Código de Comercio de Guatemala, la sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.

Las entidades bancarias forman parte del sistema financiero como tal desempeñan un gran papel en la economía de un país. Su función principal es canalizar recursos financieros de ciertas personas que poseen excedente de recursos.

Lo anotado, es encaminado hacia aquellas personas que necesitan de los mismos. Un banco usa los fondos que adquiere al emitir pasivos para comprar activos y con ello obtener utilidades.

Desde el punto de vista de la posición que adopta como intermediario financiero y el instrumento que utiliza para la captación:



1. Bancos comerciales o de depósito: son las instituciones de crédito que reciben depósitos monetarios y depósitos a plazo menor, con objeto de invertir su producto, principalmente, en operaciones activas de corto término.
2. Bancos hipotecarios: son las instituciones de crédito que emiten bonos hipotecarios o prendarios y reciben depósitos de ahorro y de plazo mayor, con objeto de invertir su producto, principalmente, en operaciones activas de mediano y largo término.
3. Bancos comerciales e hipotecarios: deberán establecer dos departamentos separados e independientes, a través de los cuales realizarán, respectivamente, las operaciones que corresponden a la banca comercial y a la banca hipotecaria.
4. Bancos de capitalización: son las instituciones de crédito que emiten títulos de capitalización y reciben primas de ahorro con el objeto de invertir su producto en distintas operaciones activas de plazos consistentes con los de las obligaciones que contraigan.

2.6. Regulación legal del derecho bancario

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



Guatemala normar y promover todos aquellos asuntos que tengan como finalidad la actividad financiera del país, debiendo de incluirse los bancos del sistema nacional.

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

El Artículo 132 de la Carta Magna, establece el fundamento de la Junta Monetaria, e indica: “Es una entidad autónoma con patrimonio propio, se rige por su ley orgánica y por la Ley Monetaria, es una institución que depende del Banco de Guatemala”. También recordamos que, ante estas competencias, el Artículo 154 de la Carta Magna al respecto señala: “La función pública y la sujeción a la ley, los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial sujetos a la ley y jamás superiores a ella, los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido alguno”.

El Artículo 155 sigue manifestando: “Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que causaren.” En virtud de la relación que guardan todas las leyes de Guatemala, en congruencia con nuestra Constitución, podemos indicar que, si de ellas se desprendiese, violación a la misma, sería nula *ipso jure*, esto es de pleno derecho.



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

En tal sentido, se puede determinar que el desarrollo económico y social del país requiere de un sistema bancario confiable, solvente, moderno y competitivo, que mediante la canalización del ahorro hacia la inversión contribuya al crecimiento sostenible de la economía nacional, y que, de acuerdo con los procesos de apertura de las economías, debe ser capaz de insertarse adecuadamente en los mercados financieros internacionales.

En la actualidad los bancos del sistema precisan de una normativa moderna que les permita seguir desarrollándose para realizar más eficazmente sus operaciones y prestar mejores servicios a sus usuarios, tomando en cuenta las tendencias de globalización y el desarrollo de los mercados financieros internacionales.

Esto quiere decir que la Ley de Bancos tiene como objetivo extender una protección legal a todas aquellas entidades que se constituyan como bancos, así como la vinculación que tendrán estas con los particulares dentro de su actividad financiera en el territorio nacional.



El Artículo 3 preceptúa a que se le denomina intermediación financiera bancaria, este precepto establece: “Los bancos autorizados conforme a esta ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos y otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.”

Por lo que únicamente este tipo de entidades tendrán la capacidad dentro del territorio nacional de ser llamados bancos, de tal manera que estarán capacitados para realizar dentro del territorio nacional, todas aquellas actividades que la distinguen como tal.

El Artículo 5 de la misma ley indica cual es la legislación aplicable a la instituciones bancarias y financieras: “Los bancos, las sociedades financieras, los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar, los grupos financieros, y las empresas que conforman a estos últimos, y las oficinas de representación de bancos extranjeros se registrarán, en su orden, por sus leyes específicas, por la presente ley, por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y, en lo que fuere aplicable, por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria y la Ley de Supervisión Financiera. En las materias no previstas en estas leyes, se sujetarán a la legislación general de la República en lo que les fuere aplicable.” En tal sentido, se puede determinar que la Ley de Bancos busca dentro de su articulado tratar de establecer cómo funcionan los bancos, así como todas aquellas personas que



dentro de sus actividades intervengan con estos, así como la manera en la que estas deben de realizar sus actuaciones y los distintos títulos, así como operaciones que estos desarrollan.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala: El Decreto número 16-2002, del Congreso de la República fue creada, con el objetivo de promover la creación y mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo de la economía nacional, así como para fortalecer el buen funcionamiento del sistema financiero del país.

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

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

En tal sentido, se puede determinar que esta ley trata de regular la estabilidad en el nivel general de precios, como objetivo fundamental del Banco de Guatemala, es la mejor contribución para fortalecer la gestión de la política monetaria, en un entorno moderno y



dinámico, toda vez que reviste fundamental importancia el hecho de que el Banco Central implemente un proceso de transparencia y rendición de cuentas ante la sociedad, referente a las medidas adoptadas para el logro de su objetivo fundamental.

Ley Monetaria: La Ley Monetaria; Decreto número 17-2002, del Congreso de la República; en referencia a esta ley, solo prescribe quien puede emitir monedas en el país, el Artículo 2: establece la potestad de emisión: “Únicamente el Banco de Guatemala, puede emitir billetes y monedas, dentro del territorio de la República.”

El Artículo 3º., preceptúa: Circulación ilegal: “Cualquier persona distinta al Banco de Guatemala, que haga circular billetes, monedas, vales, pagarés u otros documentos, que contengan promesa de pago en efectivo, al portador o a la vista, o fichas, tarjetas, laminillas, planchuelas u otros objetos”. Ello, con el fin de que sirvan de moneda nacional, será sancionada, según el caso, con las penas prescritas en el Código Penal.

Se puede considerar que ha ponderado como importante la necesidad de emitir la legislación apropiada en materia cambiaria que permita, por un lado, generar confianza en los agentes económicos y, por el otro, revestir de certeza jurídica las operaciones con divisas que éstos efectúen en el país, de tal forma que se garantice la libre convertibilidad de la moneda nacional, así como el libre movimiento de capitales, que viabilice que las transacciones en moneda extranjera se desarrollen en forma correcta y ordenada.





CAPÍTULO III

3. Los activos extraordinarios

De conformidad con el Decreto 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros, los bancos pueden realizar las operaciones siguientes:

1. Operaciones activas

- Otorgar créditos;
- Realizar descuento de documentos;
- Otorgar financiamiento en cartas de crédito;
- Conceder anticipos para exportación;
- Emitir y operar tarjetas de crédito;
- Realizar arrendamiento financiero;
- Realizar factoraje;
- Invertir en títulos valores emitidos y/o garantizados por el Estado, por los bancos autorizados de conformidad con la ley o por entidades privadas. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas, se requiere aprobación previa de la Junta Monetaria;
- Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para su uso, sin perjuicio de realizar arrendamiento financiero;
- Constituir depósitos en otros bancos del país y bancos extranjeros; y
- Realizar operaciones de reporto como reportado.



2. Operaciones pasivas

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

3. Operaciones de confianza

- Cobrar y pagar por cuenta ajena;
- Recibir depósitos con opciones de inversiones financieras;
- Comprar y vender títulos valores por cuenta ajena; y,
- Servir de agente financiero, encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones.

4. Pasivos contingentes

- Otorgar garantías;
- Prestar avales;
- Otorgar fianzas; y
- Emitir o confirmar cartas de crédito.



3.1. Concepto de activos extraordinarios

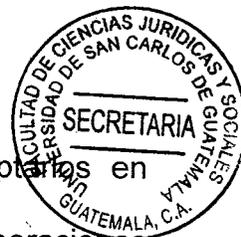
Los activos extraordinarios, son bienes muebles, inmuebles, prendas y/o valores que se son adjudicados a las entidades bancarias, como forma de pago de un crédito en cuyo caso el deudor ya no cuenta con la capacidad de pago para cumplir con la obligación de éste. A los activos extraordinarios se les conoce como activos improductivos, ya que no generan ingresos financieros a las instituciones bancarias.

Son los bienes muebles e inmuebles que no devienen del giro normal de las entidades, los que son aceptados por, o adjudicados a una institución bancaria en cancelación total o parcial de créditos a su favor.

Dichos activos deberán ser vendidos en los plazos indicados en la ley. Los bancos y las demás empresas del grupo financiero podrán recibir toda clase de garantías y adquirir bienes raíces, establecimientos comerciales, mercaderías, acciones, documentos de crédito, valores, prendas y bienes de toda clase, siempre que tal aceptación o adquisición sea hecha de buena fe.

Los activos extraordinarios, son propiedades que adquieren los bancos:

- Como garantía adicional, a falta de otra mejor, cuando fueren indispensables para asegurar el pago de créditos a su favor, resultantes de operaciones efectuadas con anterioridad;



- Cuando a falta de otros medios para hacerse pago tuvieren que aceptar en cancelación, total o parcial, de créditos a su favor, resultantes de operaciones legalmente efectuadas en el curso de sus negocios;
- Cuando tuvieren que comprarlos, para hacer efectivos créditos a su favor, o bien para la seguridad; y,
- Cuando le fueren adjudicados en virtud de acción judicial promovida contra sus deudores.

Los bancos pueden recibir toda clase de garantías y adquirir bienes raíces, establecimientos comerciales, mercaderías, acciones, documentos de crédito, valores, prendas y bienes de toda clase, siempre que tal aceptación o adquisición sea hecha de buena fe, en los casos descritos anteriormente.

El cargo a las cuentas de activos extraordinarios se efectúa contra los activos crediticios en cuyo pago parcial, cancelación total, adjudicación por la vía judicial se aplica el activo extraordinario.

3.2. Funcionamiento de los activos extraordinarios

Dentro de los activos crediticios de una entidad bancaria, existirá inherentemente el riesgo de crédito, el que consiste en la posibilidad de incumplimiento de pago por parte del deudor



del monto otorgado; es allí en donde el banco puede recibir en pago total o parcial de las garantías pactadas, registrando dentro de su balance un activo extraordinario.

Cuando se determina que un deudor se encuentra imposibilitado de solventar la deuda contraída con una entidad bancaria, como último recurso de la recuperación de capital, la entidad procederá a la adjudicación de los bienes que garantizaban dicha operación, para lo que tendrán dos alternativas, que el cliente haga cesión voluntaria de bienes o dar inicio al cobro judicial mediante la resolución de un juzgado.

Los bancos deberán de valorar los activos extraordinarios en un plazo que no exceda los 3 meses, contado a partir de la fecha en que se adquieran la propiedad de los mismos, a efecto de que ajusten el valor que tengan registrado contablemente, al valor establecido en dicha valuación.

Cuando éste último valor sea menor al registrado contablemente, la entidad deberá de crear la reserva de valuación correspondiente contra resultados y, cuando dicho valor sea mayor, la diferencia se registrará como utilidad por realizar. La Superintendencia de Bancos podrá requerir nuevas valuaciones por parte de terceros y la constitución de las correspondientes reservas o provisiones. Los activos extraordinarios que posean y los que adquieran los bancos, deberán de ser vendidos dentro de un plazo de 2 años, contados a partir de la fecha de su adquisición.

Si la venta de los activos extraordinarios no fuere realizada dentro del plazo establecido en el párrafo anterior, los bancos estarán obligados a ofrecerlos en pública subasta, cuyo procedimiento deberá iniciarse inmediatamente después de la expiración de dicho plazo”. La entidad determinará el valor base para iniciar la subasta, en el caso de que no hubiere postores en la fecha, hora y lugar señalados para ésta, se realizará una nueva cada 3 meses. El valor subsiguiente de cada subasta deberá de ser cada vez menor que el anterior en un monto, de por lo menos 10%.

3.3. Procesos contables requeridos para los activos extraordinarios

Se puede determinar que es importante establecer la importancia que tienen los activos extraordinarios como partes contables toda vez que forman parte extraordinaria dentro de contexto del derecho bancario y como este funciona en el territorio nacional.

Las entidades bancarias, deberán de observar lo establecido en el Manual de Instrucciones Contables para Entidades Sujetas a la Vigilancia e Inspección de la Superintendencia de Bancos y sus modificaciones (MIC), cuyos objetivos son:

- a) “Regular y uniformar el registro, valuación, presentación y revelación de las operaciones que realicen las instituciones del sistema financiero del país;
- b) Suministrar información financiera como instrumento útil para la toma de decisiones de las mismas entidades y el público en general;



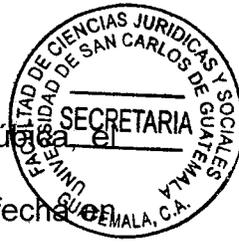
- c) Coadyuvar con la supervisión en forma individual, consolidada y asociativa;
- d) Facilitar la consolidación de la información financiera de las empresas que conforman los grupos financieros”.

Las entidades deberán llevar en un registro de Mayor Principal el movimiento de todas las cuentas de primer grado; y, en Mayores Auxiliares, el movimiento de las divisionarias de primer, segundo, tercer y cuarto grado, así como la información de saldos de cuentas individuales, tales como las de cartera de créditos y de depósitos. Cada fin de mes deberán elaborar relaciones o integraciones de saldos de la cuenta de mayor detalle.

Las entidades están obligadas a llevar los libros y registros de contabilidad, y las operaciones que se registren en los mismos deberán estar respaldadas con la documentación fehaciente, que llene los requisitos legales y se deberán registrar el día en que ocurran o cuando se tenga conocimiento de ellas.

3.4. Los activos extraordinarios y su explotación

Los activos extraordinarios que las entidades acepten o adquieran, deberán de registrarse contablemente dentro de un plazo de 30 días calendario a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura pública traslativa de dominio.



Para bienes muebles y en caso no proceda el otorgamiento de una escritura pública el registro contable se hará dentro de un plazo de 30 días calendario a partir de la fecha que se haya dado formalidad a la entrega de la propiedad del bien.

Los bienes recibidos como dación en pago deberán de contabilizarse en un plazo similar, luego de la aceptación y/o liquidación de los saldos del préstamo por parte del Consejo de Administración o quien haga sus veces.

Cuando el valor base para la subasta de un activo extraordinario sea menor al registrado contablemente, la institución deberá, sin más trámite, constituir las reservas por activos de recuperación dudosa por un monto equivalente a la diferencia entre ambos valores.

Las utilidades netas que produzcan los activos extraordinarios que posean los bancos, como producto de su tenencia y explotación, deberán aplicarse en su totalidad a la constitución y aumento de una reserva especial para cubrir posibles pérdidas en la realización de tales activos. Su saldo pasará a formar parte de las utilidades una vez formalizada la venta del activo extraordinario de que se trate. Debe de llevarse un control auxiliar de la reserva especial por cada activo extraordinario.

El resultado de la venta de activos extraordinarios debe registrarse en la contabilidad, según sea el caso de la manera siguiente:

- a) Si la venta es al contado y por un valor mayor al registrado en libros



- b) Si la venta es a plazos y por un valor mayor al registrado en libros, la diferencia se deberá contabilizar como una utilidad diferida, trasladándose a productos, conforme se vayan cobrando las cuotas convenidas. Si la entidad cobra intereses, los mismos se contabilizarán como productos al momento de percibirse.

Cuando existan productos capitalizados por concepto de activos extraordinarios, deberán contabilizarse en el momento en que se perciban. En el caso de que la venta sea por un valor menor al registrado en libros, la diferencia deberá de contabilizarse inmediatamente como una pérdida, independientemente si la venta es al contado o a plazos.

A continuación, se describe el procedimiento para el registro contable del rubro de los activos extraordinarios:

105 BIENES REALIZABLES

1051 MONEDA NACIONAL

1056 MONEDA EXTRANJERA 105101 ACTIVOS EXTRAORDINARIOS

105601 ACTIVOS EXTRAORDINARIO

Estas cuentas servirán para registrar aquellos activos que las entidades acepten o adquieran, en los casos a que se refiere el Artículo 54 de la Ley de Bancos y Grupos



Financieros. Los saldos individuales de cada activo extraordinario registrado en subcuentas 105101.04 105601.04 Erogaciones por Activos Extraordinarios, deberán liquidarse en la fecha de cierre del ejercicio contable de la entidad, con lo que pudieran existir en las subcuentas 305105.06 y 305605.06 Ingresos por Activos Extraordinarios, respectivamente.

Estas cuentas se utilizarán para registrar los productos capitalizados en la adjudicación de los activos extraordinarios. Asimismo, para registrar el excedente entre el valor del avalúo y el valor registrado contablemente al reconocerse el activo extraordinario.

504 RESERVA PARA ACTIVOS EXTRAORDINARIOS:

Este grupo de cuentas servirá para registrar las utilidades derivadas de la liquidación por la tenencia y explotación de activos extraordinarios que servirán para cubrir posibles pérdidas en la realización de tales activos.

Se puede determinar que los activos extraordinarios; no son presupuestados, debido a que corresponden a activos fijos dejados como garantía por los asociados y al no tener capacidad de pago, se les quita a los mismos y cada año se acumula una gran cantidad de efectivo y este se convierte en ocioso.



CAPÍTULO IV

4. Validez y legalidad en la adquisición de acciones propias de entidades bancarias como activos extraordinarios de conformidad con la Ley de Bancos y Activos Financieros

La Ley de Bancos y Activos Financieros Decreto 04-2002, conforme el Estado de Guatemala, responde a las necesidades de desarrollo del sistema bancario del país, por lo que es preciso determinar que esta ley determina la manera en la cual deben de realizarse las actividades de todos los agentes del sistema financiera regulado y en específico la de los bancos en el territorio nacional, normando las condiciones y reglas a las cuales deben de someterse las entidades bancarias en el territorio nacional.

En tal contexto se puede determinar que el Artículo 45 de la Ley de Bancos y Activos Financieros establece la norma prohibitiva siguiente: “A los bancos les está prohibido: conceder financiamiento para pagar, directa o indirectamente, total o parcialmente, la suscripción de las acciones del propio banco, de otro banco o en su caso, de las empresas que conforman su grupo financiero; así como admitir en garantía o adquirir sus propias acciones”.

Lo anterior determina como regla general que los bancos dentro de su dinámica no pueden adquirir sus propias acciones; no obstante, a esa regla general el Artículo 54 de la misma ley regula la excepción a la regla, pues, no obstante, las prohibiciones, limitaciones

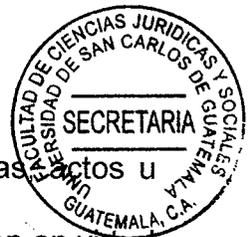


impuestas por esta Ley, los bancos y, en su caso, las demás empresas del grupo financiero podrán recibir toda clase de garantías y adquirir bienes raíces, establecimientos comerciales, mercaderías, acciones, documentos de crédito, valores, prendas y bienes de toda clase, siempre que tal aceptación o adquisición sea hecha de buena fe.

En virtud de lo anterior, se debe de establecer en qué circunstancias es viable y válida la aceptación de acciones del propio banco como activo extraordinario y la manera en la cual es posible que se lleve a cabo dentro de Guatemala; si esta es válida y en qué condiciones pueden las entidades bancarias recibir propias acciones como un activo extraordinario, en la que se analizará la diferencia entre adquisición, compra de acciones, cesión, dación en pago y toda la operación contable que conlleva en la que determina la lógica, validez y legalidad de esta excepción legal bancaria.

La importancia de la investigación radica en la poca claridad que existe en la ley sobre la manera en la cual se pueden adquirir las propias acciones del banco o entidad financiera, ya que debe de definirse una manera en la cual pueden o no aceptarse esta situación, si esta es viable y de ser viable determinar la legalidad de esta práctica para que cuente como un activo extraordinario de una entidad bancaria en el territorio nacional.

Asimismo, se hace importante establecer y analizar en el presente trabajo, cuáles son las situaciones que inciden para que un banco pueda comprar sus propias acciones como activos extraordinarios, para con ello tener una base sobre la cual poder discutir y determinar la correcta interpretación de las normas que las contienen y tener certeza en



cuanto, a su aplicación en un caso concreto, y especialmente a qué personas, actos u objetos son los correctos destinatarios de la norma y la viabilidad de esta acción en virtud con la ley nacional.

4.1. Las antinomias jurídicas

Es necesario determinar en qué consisten las antinomias jurídicas para luego establecer la importancia de las mismas dentro de la tesis que se presenta, de tal forma que se pueda aplicar el conocimiento que aporta la doctrina para la problemática planteada.

En tal sentido, se afirma que: “La contradicción aparente o real entre dos leyes o entre dos pasajes de una misma ley”.²⁴ En ese sentido, se puede afirmar que las antinomias responden a las distintas contradicciones que, por motivo de su promulgación, presenta la ley.

Se debe de tomar en cuenta al derecho como un todo no como un elemento que está en la ciudad, sino como parte de un sistema lógicamente concatenado, es por eso que las antinomias se llevan a cabo dentro del derecho, debido a que hay ocasiones en las cuales una o más leyes tratan de reglamentar una conducta determinada, pero de puntos de vista opuestos, lo cual ocasiona que exista discrepancia sobre cómo se abordará la conducta que se intenta regular.

²⁴ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 76.



Adentrándose en el ámbito de las antinomias jurídicas, se puede afirmar que son una de las mayores discusiones que se establecen entre los juristas, debido a la complejidad y la problemática que las mismas plantean.

“El problema de las antinomias es el problema de encontrar (si es que existe) el criterio que permita al operador jurídico optar por una norma u otra para fundar su decisión, y en consecuencia la búsqueda de la coherencia no se centra tanto en el rechazo apriorístico de las antinomias, cuya existencia generalmente se acepta, cuanto en la búsqueda de criterios que permitan resolverlas.”²⁵

Las antinomias existen, debido a que existe una complejidad de actividad legislativa debido en muchas ocasiones a la falta de idoneidad de quienes elaboran los textos legales o bien porque los mismos son promulgados con mucho tiempo de diferencia; es decir unos Decretos pueden legislar el mismo asunto pero con veinte años de diferencia, lo cual hace que se enfrenten los criterios de los legisladores; entendiéndose que la ley no es infalible debido a que la misma es redactada y sancionada por humanos.

También las antinomias jurídicas existen debido a que el derecho es muy amplio y cuando existe una rama científica con tanta amplitud como el derecho se debe recurrir al criterio filosófico de que existieran dos enunciados que se enfrenten para llegar a la misma conclusión; interpretando este principio quiere decir que en materia legal puede haber dos leyes que regulen una misma conducta con distintos resultados.

²⁵ **Ibíd.** Pág. 270.



“Es obvio que las antinomias plantean siempre un problema de aplicación del derecho pues el aplicador debe escoger una de las normas incompatibles para justificar su decisión para lo cual habrá de contar con un criterio que le permita efectuar esa elección”.²⁶

En virtud de esta problemática se puede afirmar que el núcleo del mismo se magnifica en el campo de la aplicación del derecho ya que cada vez que se quiere aplicar la ley se encuentra ante la disyuntiva de elegir la forma legal idónea por la incompatibilidad de dos preceptos legales que regulan una situación fáctica.

Se puede determinar que las antinomias generan entre sí diversa cantidad de supuestos y teorías debido a las condiciones en la cuales se presente no obstante; tienen elementos en los cuales coinciden todos los autores. Estos son la existencia de dos juicios que se oponen entre sí a través de una conducta en común y cuando no se contradicen síntomas la misma conducta y la normal de distinta forma, estableciendo una incompatibilidad de un mismo ordenamiento jurídico válido dentro del mismo tiempo espacio y materia y que afectan los mismos sujetos, por lo cual se hace muy difícil determinar bajo qué ley o bajo qué criterio se debe de juzgar la conducta.

Respecto a su clasificación, se puede afirmar que son las siguientes:

- a) Entre una norma que manda hacer y una norma que prohíbe.
- b) Entre una norma que manda hacer y una norma que permite no hacer.

²⁶ Betegón, Jerónimo. **Lecciones de teoría del derecho**. Pág. 269.



c) Entre una norma que prohíbe hacer y una norma que permite hacer.

En ese sentido y analizando lo determinado por el autor señalado, se puede determinar que, existirá una antinomia total cuando ninguna de las normas puede ser aplicada sin entrar en conflicto con la otra. Por su parte, la antinomia total parcial se dará cuando una de las normas nunca puede ser aplicada sin entrar en conflicto, pero la otra en un campo adicional de aplicación también puede encontrar a la antinomia parcial que cederá cuando una de las normas tiene un campo de aplicación en la cual entra en conflicto pero también tiene un campo de aplicación en la cual el conflicto no se produce.

Dentro de éstas también se pueden encontrar antinomias que esconden la realidad de la validez de un enorme conflicto, las cuales son conocidas por la doctrina como antinomias aparentes y también aquellas antinomias que se producen entre normas perfectamente válidas sólo que plantean el problema de que norma elegir y qué norma aplicar las cuales son conocidas también como antinomias reales.

Debe de establecerse que en las antinomias aparentes no existe un problema de coherencia normativa debido a que la norma no entra en contradicción con una norma superior o por regular una materia que no le compete.

Por su parte en las antinomias reales la coherencia no se realiza en la forma en la cual se redacta la norma, sino en la forma en la cual se debe de aplicar ya que existen dos o más formas de resolver una misma situación para una misma causa a través de varios cuerpos



jurídicos distintos; lo cual imposibilita establecer cuál de todos debe de aplicarse generando un conflicto al momento de la aplicación de la ley sustantiva.

4.2. Prohibiciones contenidas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros

Es necesario analizar en qué consisten las prohibiciones contenidas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros de tal forma que se establezca la importancia que poseen las mismas dentro del contexto legal, así como la razón por la cual estas fueron incluidas dentro de la legislación.

En tal sentido, se debe de establecer lo normado en el Artículo 45 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que establece:

“A los bancos les está prohibido:

- a) Realizar operaciones que impliquen financiamiento para fines de especulación, en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 342 del Código Penal;
- b) Conceder financiamiento para pagar, directa o indirectamente, total o parcialmente, la suscripción de las acciones del propio banco, de otro banco o en su caso, de las empresas que conforman su grupo financiero;
- c) Admitir en garantía o adquirir sus propias acciones;
- d) Adquirir o conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles que no sean necesarios para el uso de la entidad, excepto cuando les sean adjudicados activos



extraordinarios o aquellos que se destinen a operaciones de arrendamiento financiero, de conformidad con la presente Ley;

- e) Transferir por cualquier título, los bienes, créditos o valores de la misma entidad a sus accionistas, directores, funcionarios y empleados, así como a las personas individuales o jurídicas vinculadas a dichas personas. Se exceptúan únicamente los bonos y títulos valores emitidos por la propia entidad cuando sean adquiridos en las mismas condiciones ofrecidas al público y las acciones cuando sean compradas en las mismas condiciones que se otorgan a otros accionistas;
- f) Empezar actividades comerciales, agrícolas, industriales y mineras u otras que no sean compatibles con su naturaleza bancaria, y participar en cualquier forma, directa o indirectamente, en empresas que se dediquen a tales actividades;
- g) Simular operaciones financieras y de prestación de servicios; y,
- h) Realizar otras operaciones y prestar servicios financieros que la Junta Monetaria considere incompatibles con el negocio bancario.”

A continuación; se explicaran cada uno de los literales citados anteriormente, de tal manera que se entienda porque fueron incluidos dentro del articulado; en tal sentido en el literal “a” del Artículo 45 afirma: “Operaciones que impliquen financiamiento para fines de especulación”; por especulación se refiere a operaciones en las que un inversor adquiere una gran cantidad de bienes a un precio determinado para luego aprovechar las variaciones en el tiempo de los precios y revender esos bienes por un monto superior al monto por el cual los compró. Lo anterior quiere decir que se compra barato y se vende caro. Se realiza comprando mercancías, valores u otros bienes, con el fin de lucrarse. La



mayoría suelen ser a corto plazo. Sobre este tópico, el Artículo 342 del Código Penal regula: “Quien, esparciendo falsos rumores, propagando falsas noticias o valiéndose de cualquier otro artificio semejante, desviare o falseare las leyes económicas naturales de la oferta y la demanda, o quebrantare las condiciones ordinarias del mercado produciendo mediante estos manejos, el aumento o la baja injustificada en el valor de la moneda de curso legal, o en el precio corriente de las mercancías, de las rentas públicas o privadas, de los valores cotizables, de los salarios o de cualquiera otra cosa que fuere objeto de contratación, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de un mil a cien mil quetzales”.

Para el caso en que el delito contemplado en el presente Artículo sea establecido en una cadena de negocios, deberá tomarse como delito independiente para cada uno en que se cometa el delito en referencia”. Por lo tanto, se puede determinar que la especulación no únicamente es una conducta contraria a la manera en las prácticas correctas bancarias, sino también que se considera como un delito debido a la manera en la que se maneja el mercado de valores en un territorio determinado, únicamente para el propio beneficio económico de las entidades financieras o bancarias.

Por su parte la literal “b” afirma que es prohibido conceder financiamiento para pagar, directa o indirectamente, total o parcialmente, la suscripción de las acciones del propio banco, de otro banco o en su caso, de las empresas que conforman su grupo financiero; es decir pagarse entre estos mismos las deudas que tienen con activos propios de la entidad financiera; debido a que nuevamente se especula con el precio así como con la



deuda toda vez que se establece la importancia de que los adeudos sean pagados directamente con activos que sean válidos y exigibles de tal manera que no se pueda evitar o quitar de los pasivos de las entidades financieras, de ahí viene la negativa en que estas se acepten para pagar.

La literal “c”; está íntimamente relacionada con lo detallado con anterioridad, debido a que tampoco se permite aceptar las propias acciones como garantía toda vez que se estarán garantizando los pasivos ante ellos mismos, de tal manera que, si se lleva alguna situación anómala, no podrán responder con los acreedores toda vez que no existirán los recursos suficientes para tal efecto.

La literal “d” por su parte, determina la forma en la que la deben de actuar de forma transparente respecto a la adquisición de inmuebles toda vez que se determina que por la alta capacidad adquisitiva que tienen los bancos y entidades financieras, pueden a través de esto especular con los precios de los inmuebles y encarecer o abaratar una zona determinada, por lo anterior solo pueden adquirir los que sean necesarios para realizar sus funciones dentro del territorio nacional, asimismo se permite que se adjudiquen propiedades como activos extraordinarios toda vez que a través de estos activos se garantizan los adeudos a los bancos, por lo que están autorizados para utilizarlos.

La literal “e”; por su parte prohíbe transferir por cualquier título, los bienes, créditos o valores de la misma entidad a sus accionistas, directores, funcionarios y empleados, así como a las personas individuales o jurídicas vinculadas a dichas personas; debido a que a



través de estos se puede cometer cualquier tipo de fraude o defraudación a los socios o acreedores de la entidad, por lo que el legislador, lo deja terminantemente prohibido, en virtud que dentro de la práctica se puede determinar que esto es una forma de adquisición que buscan las entidades cuando existen deudas cuantiosas pero a través de la supervisión de la Superintendencia de Bancos de Guatemala, esto se controla en el territorio nacional.

La literal “f” determina la importancia de dedicarse a un solo rubro o bien que todas las actividades sean compatibles con la razón social para la que fueron creadas, de nuevo, debido a la función que desempeñan las entidades bancarias en el territorio nacional, pueden adquirir muchos activos respecto a la actividades comerciales, agrícolas, industriales y mineras, formando un monopolio que se encuentra prohibido en la práctica comercial, así como por la ley nacional.

La literal “g”, por su parte determina que se encuentra prohibido simular operaciones financieras y de prestación de servicio; lo anterior por el peligro que puede existir respecto a las estafas, defraudaciones y demás situaciones que pueden llevarse a cabo en el contexto del mercado financiero nacional.

Finalmente, la literal “h”; establece la importancia que existe para el control de la Junta Monetaria respecto a la manera en la que debe de llevar de los bancos de tal manera que exista un criterio de uniformidad en el caso de realizar sus actividades dentro del territorio nacional.



4.3. Las acciones bancarias y su funcionamiento

De forma general la acción es un título valor que representa una parte del capital social y que incorpora los derechos y obligaciones de los socios, relacionados con su participación en la vida social.

La acción se puede definir como: “Parte alícuota del capital social. Documento al que se incorpora la condición de accionista, representando de tal forma su participación en el capital, que se transmite mediante la simple transmisión del título. Es un bien mueble que, atribuyendo a su titular la condición de accionista, le legitima para el ejercicio de los derechos que la Ley y los estatutos le conceden”.²⁷

En tal sentido se puede considerar que las acciones como tales, son una parte social o cosa mercantil, amparada o representada por un título, transmisible, negociable e indivisible, en el que se materializa el derecho de socio y a cuya parte se limita su responsabilidad.

El Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 99 establece que: “Las acciones en que se divide el capital de una sociedad anónima estarán representadas por títulos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de los socios”. Además, señala

²⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 185.



que a los títulos de las acciones en lo que sea conducente, se aplicarán las disposiciones de los títulos de crédito.

Se concluye que la acción es entonces una parte del capital social, considerada como bien mueble, representada y transmisible mediante un título valor que acredita a su titular la calidad de socio o accionista, le otorga derechos y constituye obligaciones en proporción a la aportación que éste haya realizado a la misma, por lo que se puede considerar que es un documento, y en particular un título de crédito que representa, o como se suele afirmar, que incorpora la calidad de socio, o sea la posición de parte en el contrato de sociedad.

La división del capital social en acciones es un elemento que caracteriza el tipo de sociedad por acciones; pero no es igualmente esencial la distribución a los socios de los títulos de las acciones. La acción corresponde a la fracción mínima de capital social que se ha de suscribir para adquirir la calidad de socio; por esta razón es indivisible.

Si varias personas son copropietarias de una acción, deberán ejercer sus derechos inherentes al título y cumplir sus obligaciones derivadas del mismo, por medio de un representante común.

La acción realiza varias funciones fundamentales, siendo estas las siguientes:

- a) Un instrumento para reunir capital con el fin de realizar por medio de la sociedad emisora una actividad económica concreta;
- b) Para ejercitar los derechos sociales;



- c) Para transmitir de modo fácil, rápido y seguro la participación económica sujeta en una sociedad anónima determinada; y,
- d) Es un medio indirecto que al representar en su valor la situación económica de la sociedad a la que pertenece, ofrece una especial atracción para los inversores especuladores o no de capital.

Habiendo considerado lo anterior, es preciso que se establezca que las acciones bancarias como tales, se definen como es un activo financiero que representa una parte del capital social de un banco. El poseedor de una acción bancaria tiene la propiedad de una parte de la empresa y es considerado socio capitalista de la misma. Existen multitud de tipos de activos financieros. Dentro de ellos, podemos encontrar las acciones. Una acción es una parte alícuota del capital social de una entidad bancaria, en este caso la compra de una acción otorga una serie de derechos a su propietario sobre la compañía, entre ellos se pueden destacar el voto en la junta general de accionistas o el cobro de dividendos.

4.4. Antinomia jurídica contenido en los artículos 45 y 54 de la Ley de Bancos y Activos Financieros respecto a la adquisición de acciones propias como activos extraordinarios

Es necesario analizar en qué consiste la antinomia jurídica estipulada en los artículos 45 y 54 de la Ley de Bancos para tal efecto se va a analizar únicamente los extractos de los artículos que interesan para la presente investigación:



En tal sentido, el Artículo 45 de la Ley de Bancos y Activos Financieros regula entidades bancarias, tienen prohibido: “Admitir en garantía o adquirir sus propias acciones lo anterior para no causar ningún tipo de defraudación al momento de poder pagar sus deudas a sus acreedores.

Por su parte el Artículo 54 de la misma ley regula: “No obstante las prohibiciones y limitaciones impuestas por esta Ley, los bancos y, en su caso, las demás empresas del grupo financiero podrán recibir toda clase de garantías y adquirir bienes raíces, establecimientos comerciales, mercaderías, acciones, documentos de crédito, valores, prendas y bienes de toda clase, siempre que tal aceptación o adquisición sea hecha de buena fe, en los casos siguientes: Como garantía adicional, a falta de otra mejor, cuando fueren indispensables para asegurar el pago de créditos a su favor, resultantes de operaciones efectuadas con anterioridad”.

En virtud de lo anterior se puede determinar que existe una antinomia jurídica plenamente identificada toda vez que en una parte de la ley se establece que no se pueden adquirir en garantía las propias acciones y en otra parte la ley establece que sí se puede; siempre y cuando exista una justificación para tal efecto no obstante se puede determinar, que esto es imposible de conformidad con la finalidad en la cual fue puesta en prohibición la adquisición de acciones propias toda vez que atenta contra el mismo sistema financiero nacional debido a que a través de este puede causar especulación a para la otra además de que los activos extraordinarios están a la venta para cualquier persona; una vez que se consideran que son adjudicados a una institución bancaria en cancelación total o parcial



de créditos a su favor; por lo que se puede determinar que se pueden adquirir en cualquier momento por un tercero.

Cuando existen acreedores que están tratando de comprar activos extraordinarios se puede determinar que esto puede ser una forma en la cual la entidad bancaria puede evitar la consolidación toda vez que se venden las acciones evitando pagar de forma correcta y concreta el activo determinado por su parte; aceptar acciones nominativas bancarias como forma de pagos y también requiere la autorización de los socios del banco toda vez que las acciones representan participación dentro de los mismos.

En virtud de lo anterior se puede determinar que es necesario que la Junta Monetaria establezca la manera en la cual debe de resolverse en todo caso favoreciendo la especulación; es decir que no se acepten las acciones propias como activos extraordinarios toda vez que este rubro no corresponde a la enajenación y venta sino que requiere otro tipo de trámites donde por lo menos debe existir una previa compra por los otros accionistas para poder liberar las acciones, además de que a través de la compra de las propias acciones se puede prestar para la defraudación, sin dejar de lado que reviste ilegalidad toda operación que se debe de realizar en el ámbito bancario de Guatemala.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Los activos dentro del derecho bancario responden a todas aquellas situaciones que actúen como un beneficio económico redituable hacia el banco, de tal manera que se pueda determinar que a través de estos activos el banco posee activos suficientes para poder garantizar cada una de sus operaciones así como la confianza que han depositado en ellos sus clientes. Por su parte, los activos extraordinarios son aquellos que los bancos obtienen, en virtud de créditos en su favor por lo tanto son activos que no se tienen en consideración y deben de buscar la forma en la cual estos pueden ser cobrados.

El Artículo 45 de la Ley de Bancos y Activos Financieros establece que existe una prohibición para que los bancos puedan aceptar sus propias acciones en garantía debido a que lo anterior puede prestarse para malas prácticas financieras en el territorio nacional. Por su parte el Artículo 54 determina que se pueden aceptar las acciones como activo extraordinario, causando una antinomia jurídica.

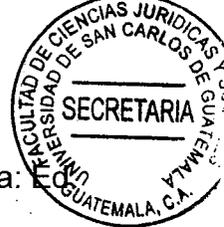
Es necesario que la Junta Monetaria como entidad a la cual ha designado a la superintendencia de bancos como la adecuada para establecer cómo debe realizarse la actividad bancaria y financiera en el territorio nacional; resuelva la antinomia jurídica de tal manera que se pueda establecer la manera en la cual se puede o no aceptar las propias acciones de los bancos como activos extraordinarios entendiendo las vinculaciones económicas que tendrá la decisión que se tome.





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**. 4ª ed. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2003.
- ALEXANDROV, Norberto Gabriel. **Teoría del Estado y del derecho**. 3ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.
- BETEGÓN, Jerónimo. **Lecciones de teoría del derecho**. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1995.
- BORJA, Rodrigo. **Derecho político y constitucional**. 5ª ed. México, D.F.: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1991.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 12ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2003.
- HAURIOU, Andrés. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. 4ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ariel, 1971.
- HESSE, Konrad. **La fuerza normativa de la Constitución**. 3ª ed. Madrid, España: Ed. Escritos de Derechos Constitucional, 1992.
- <https://www.banguat.gob.gt/es/page/resena-historica> (consulta: 12 de abril 2022)
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-constitucional/derecho-constitucional.htm> (Consultado: 09 de julio 2022).
- <https://sites.google.com/site/derechoconstitucionalb/formas-de-derecho-constitucional> (Consultado: 11 de julio de 2022).
- MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. 2ª ed. Guatemala: Ed. Vile, 2004.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 16ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2003.
- RUÍZ TORRES, Humberto Enrique. **Derecho bancario**. 4ª ed. México, D.F.: Ed. Oxford University Press, 2003.



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 4ª ed. Guatemala: Universitaria, 2006.

Legislación:

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

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

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

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