

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a knight on horseback, holding a lance and a shield. Above the knight is a crown. The seal is surrounded by Latin text: "UNIVERSITAS SAN CAROLINIENSIS" at the top, "ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" at the bottom, and "CAETERAS ORIS CONSPICUA CAROLINA AC" on the left and right sides. There are also two banners with the words "PLUS" and "ULTRA" on either side of the central figure.

LA QUIEBRA BANCARIA Y SU NUEVO PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA
LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS DECRETO NÚMERO 19-2002,
ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO

KLAYBER BLADIMIRO SICAL JIMÉNEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2005

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

LA QUIEBRA BANCARIA Y SU NUEVO PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA LEY
DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS DECRETO 19-2002, ANÁLISIS
JURÍDICO DOCTRINARIO.

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KLAYBER BLADIMIRO SICAL JIMÉNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2005.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Lic. Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Lic. Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic. Lic. Avidán Ortíz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Rosa Herlinda Acevedo
Vocal:	Lic. Héctor Guillermo Lucas Soles
Secretario:	Lic. Emma Graciela Salazar Castillo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. Helder Ulises Gómez
Secretario:	Lic. Gloria Pérez Puerto

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

LIC. JUAN ALBERTO DE LA CRUZ SANTOS

Abogado y Notario



Guatemala, 11 de Agosto del 2,005.

Licenciado **BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA**,
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.

Señor Decano:

En cumplimiento de providencia emanada de ese Decanato, tengo el agrado de manifestar a Usted, que procedí a prestar asesoría de tesis al Bachiller **KLAYBER BLADIMIRO SICAL JIMENEZ** en su trabajo que él denominó "LA QUIEBRA BANCARIA Y SU NUEVO PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS DECRETO 19-2002. ANALISIS JURIDICO-DOCTRINARIO".

Al respecto me permito informar que la investigación en mención se realizó bajo mi inmediata dirección y se orientó al estudiante sobre las fuentes bibliográficas modernas a utilizar, tanto en materia de derecho Bancario y Mercantil aplicables al tema objeto de estudio; habiendo analizado las teorías más contemporáneas sobre lo referente al Sistema Bancario Guatemalteco. Las crisis bancarias y la Quiebra Bancaria, habiendo emitido las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

El Bachiller Sical Jimenez, en su trabajo hace un análisis serio sobre la Quiebra Bancaria a nivel jurídico en comparación con la realidad jurídica guatemalteca, así como del procedimiento regulado en la Ley de Bancos y Grupos Financieros contenidos en el Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

En virtud de lo cual, me permito rendir un dictamen favorable sobre la tesis en mención, y así pueda ser discutida en el examen público del sustentante.

Con las muestras de mi consideración, me es grato suscribirme del señor Decano, como su Atento Servidor:

Lic. **JUAN ALBERTO DE LA CRUZ SANTOS**,
ABOGADO Y NOTARIO.
COLEGIADO 4250.



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y

SOCIALES. Guatemala, catorce de septiembre del año dos mil cinco-

Atentamente, pase al LIC. VIRGILIO ENRIQUE GONZÁLEZ BARILLAS, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante KLAYBER BLADIMIRO SICAL JIMÉNEZ, Intitulado: "LA QUIEBRA BANCARIA Y SU NUEVO PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS DECRETO 19-2002. ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

~~MIAE/slh~~



V. Enrique González Barillas
Abogado y Notario

Guatemala, 27 de septiembre de 2005



Licenciado
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad
de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

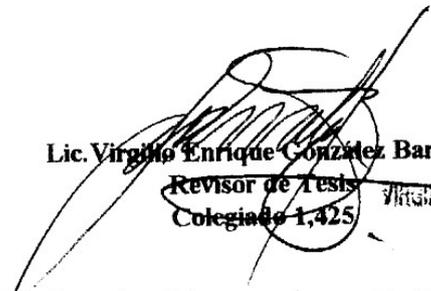
Señor Decano:

Con base en la providencia de fecha catorce de septiembre de dos mil cinco, mediante la cual se me designó como Revisor del trabajo de tesis del estudiante, **KLAYBER BLADIMIRO SICAL JIMÉNEZ**, intitulado: "La quiebra bancaria y su nuevo procedimiento regulado en la Ley de bancos y grupos financieros, Decreto 19-2002, análisis jurídico doctrinario", me permito informar a usted:

- A) Que comparto la opinión vertida por el Asesor de Tesis, Licenciado Juan Alberto De La Cruz Santos, indicando además que el trabajo realizado satisface los requisitos correspondientes, estableciendo que en el mismo se utilizó la metodología adecuada para una investigación científica.
- B) En consecuencia de lo precedente, **DICTAMINO**, que la tesis analizada reúne los requisitos tanto de fondo como de forma establecidos en el Reglamento respectivo, por lo cual la misma puede ser discutida en Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano como su atento y seguro servidor,

Atentamente,


Lic. Virgilio Enrique González Barillas

Revisor de Tesis
Colegiado 1,425

VIRGILIO ENRIQUE GONZÁLEZ BARILLAS
ABOGADO Y NOTARIO

Estudio de Abogacía y Notariado

Avenida Reforma 12-01, Zona 10, Edificio Reforma Montúfar 5to. Nivel Torre B
Tel.: 2331-7555 al 9, 2332-9201, 2332-9202, Fax: 2332-9202

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

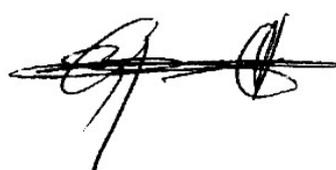


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veintinueve de septiembre del año dos mil cinco-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del
estudiante **KLAYBER BLADIMIRO SICAL JIMÉNEZ** intitulado " **LA QUIEBRA BANCARIA
Y SU NUEVO PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS
FINANCIEROS DECRETO 19-2002 . ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO**" Artículo 22
del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.-----

~~MAE/llh~~




DEDICATORIA

A DIOS: Todopoderoso, doy gracias por todas sus bendiciones y por su gran misericordia en permitirme llegar a este momento, siendo de él toda la honra y toda la gloria, pues lo que hoy obtengo a él le pertenece.

A MIS PADRES: Homero España Sical De León y María Judith Jiménez Alemán de Sical, gracias por su apoyo, esfuerzo, sacrificio, lucha, esmero, desvelos, trabajos, consejos, dedicación y amor.

A MIS HERMANOS: Homero Ardany y Flor de María, gracias por su apoyo y confianza.

A MIS SOBRINOS: Con cariño para todos.

A MELISSA: Por su gran amor y por brindarme su apoyo incondicional.

A MIS AMIGOS: Mi amistad sincera, deseándoles éxitos en su vida profesional.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:
Con cariño y gratitud, por permitirme ser uno de sus profesionales egresados.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Sistema bancario guatemalteco y su marco jurídico.....	1
1.1. Sistema bancario.....	2
1.1.1. Definición.....	2
1.2. Clasificación de las instituciones bancarias.....	3
1.3. Operaciones bancarias.....	6
1.3.1. Operaciones activas.....	6
1.3.2. Operaciones pasivas.....	7
1.3.3. Operaciones neutras o de confianza.....	8
1.3.4. Banca múltiple.....	9
1.4. Marco Jurídico.....	10
1.4.1. Leyes específicas.....	11
1.4.2. Regulaciones de Junta Monetaria.....	12
1.4.3. Regulación interna.....	13

CAPÍTULO II

2. Autoridades monetarias.....	15
2.1. Junta Monetaria.....	15
2.1.1. Integración de la Junta Monetaria.....	15
2.1.2. Remoción.....	17
2.1.3. Duración.....	17
2.1.4. Requisitos.....	18
2.1.5. Funciones.....	19
2.2. Banco de Guatemala.....	21
2.2.1. Funciones del Banco de Guatemala.....	22
2.3. La Superintendencia de Bancos.....	32
2.3.1. Cualidades para ser Superintendente de bancos	33

2.3.2. Funciones de la Superintendencia de bancos..	38
---	----

CAPÍTULO III

3. El riesgo bancario.....	43
3.1. Los riesgos más importantes que debe atender una institución bancaria.....	45
3.1.1. Riesgo de crédito.....	45
3.1.2. Riesgo de liquidez.....	49
3.1.3. Riesgo operacional.....	51
3.1.4. Riesgo legal.....	52
3.1.5. Riesgo de reputación.....	54
3.1.6. Riesgo por doble apalancamiento.....	56
3.1.7. Riesgo de expansión.....	57
3.2. Principales causas de crisis bancarias.....	61

CAPÍTULO IV

4. La quiebra bancaria.....	73
4.1. Consideraciones generales.....	73
4.2. Análisis jurídico del procedimiento administrativo previo, seguido por la Superintendencia de Bancos, para obtener la declaratoria del estado de quiebra de una institución bancaria.....	77
4.2.1. Plan de regularización.....	77
4.2.2. Suspensión de operaciones.....	80
4.2.3. Junta de exclusión de activos y pasivos.....	81
4.2.4. Fondo para la protección del ahorro bancario.	84
4.2.5. Suspensión definitiva.....	87
4.2.6. Solicitud para la declaratoria del estado de quiebra de una institución bancaria.....	87
4.3. La quiebra.....	89

	Pág.
4.3.1. Concepto de quiebra.....	89
4.3.2. Naturaleza de la quiebra.....	92
4.3.3. Tipos de quiebra.....	92
4.3.4. Efectos de la quiebra.....	94
4.4. Análisis jurídico del proceso judicial para obtener la declaratoria de quiebra de una institución bancaria, según nuestro código procesal civil y mercantil.....	95
4.4.1. Casos de procedencia para la declaratoria de quiebra de una institución bancaria.....	95
4.4.2. Declaratoria de quiebra.....	97
4.4.3. Sujetos de la quiebra.....	99
4.4.4. El Inventario.....	101
4.4.5. Realización de los bienes ocupados.....	102
4.4.6. Calificación de la quiebra.....	102
4.4.7. Graduación de pagos.....	103
4.5. Ejemplos de instituciones bancarias con problemas financieros, que ameritó la solicitud de la declaración de quiebra.....	105
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	117

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata sobre el nuevo procedimiento para declarar la quiebra de una institución bancaria, contenido en el Decreto número 19-2002, Ley de bancos y grupos financieros, tema novedoso, ya que dicho procedimiento fue utilizado por primera vez en el sistema bancario guatemalteco en el mes de febrero del presente año, y aplicado a tres instituciones bancarias (metropolitano, empresarial y promotor).

Los principales afectados en una crisis bancaria, son los depositantes de los bancos, razón por la cual en nuestra Ley de bancos y grupos financieros, se reguló la creación del fondo para la protección del ahorro, el cual tiene como objetivo principal, el garantizar al ahorrante del sistema bancario, la recuperación de sus depósitos de ahorro, hasta por la suma de veinte mil quetzales, fondo que es analizado en la presente investigación, así como el procedimiento para el pago a los ahorrantes.

Al comenzar a tratar el tema de las quiebras bancarias, es necesario que conozcamos la definición de institución bancaria, así como cuales son sus funciones, el campo dentro del cual opera y las clases de bancos que existen en Guatemala, temas que serán tratados en el primer capítulo de esta investigación.

En el segundo capítulo, se trata de como esta estructurado, organizado y dirigido nuestro sistema bancario, conociendo además las funciones de la Superintendencia de bancos, del Banco de Guatemala y de la Junta Monetaria, así como la elección de sus respectivos funcionarios.

Contar con una entidad que regule y califique los riesgos, es de suma importancia para las instituciones bancarias, calificación que evitaría que esos simples riesgos se conviertan causas reales y latentes que ocasionen que una institución bancaria tenga cesación de pagos de sus obligaciones, por lo que en el capítulo tercero, procederemos a analizar las causas más comunes que originan problemas financieros en una institución bancaria.

Por último en el capítulo cuarto, se analiza de una manera jurídico doctrinaria, las institución de la quiebra, específicamente en lo relativo a la quiebra bancaria, sus causas, el procedimiento previo seguido por la Superintendencia de Bancos, su declaración judicial y sus consecuencias, así como algunas recomendaciones que se podrán implementar, las cuales se originaron del análisis de tan importante institución jurídica, utilizando el método analítico sintético.

Salta a la vista que se trata de un tema novedoso y estoy seguro que hasta aquí sin pretender agotar el tema, se examinarán los aspectos mas relevantes del proceso de quiebra de una institución bancaria, tanto en el plano normativo como en la praxis, procurando realizar una investigación documentada y seria.

CAPÍTULO I

1. Sistema bancario guatemalteco y su marco jurídico.

El autor Guillermo Cabanellas¹, indica que en economía, los bancos son establecimientos que se encargan de concentrar y regular las operaciones de crédito. En derecho constituyen generalmente sociedades anónimas dedicadas a realizar las múltiples operaciones comerciales originadas por el dinero y los títulos que lo representan, consideradas como entidades mercantiles que comercian con el dinero.

En Guatemala, la Ley de bancos y grupos financieros en su Artículo tercero, estipula que: "los bancos autorizados conforme la ley, podrán realizar intermediación financiera bancaria, entendiéndose ésta, como la realización habitual y en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos."

Dentro del contexto anterior, al empezar a analizar la naturaleza especial de las instituciones bancarias, cabe recordar que éstas se constituyen a través de sociedades anónimas.

¹ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, tomo I, Pág. 254.

De esta cuenta, en Guatemala, las entidades bancarias se encuentran clasificadas como sociedades anónimas especiales, como explica el Doctor Rene Arturo Villegas Lara,² porque además de regirse por la normativa ordinaria mercantil, se rigen por una Ley especial, siendo esta, la Ley de bancos y grupos financieros.

Cabe mencionar, que las instituciones bancarias se desarrollan dentro de un sistema bancario, el cual varía de un país a otro. En Guatemala, conforme el Artículo 132 de la Constitución Política de la República, se rige por el sistema de banca central, el cual consiste, en la creación de un banco central que ejerce vigilancia sobre los demás bancos e instituciones financieras auxiliares, vigilando además, todo lo relativo a la circulación de dinero y deuda pública.

Actualmente, el sistema bancario guatemalteco, está dirigido por la Junta Monetaria, de la cual depende el Banco de Guatemala, entidad autónoma con patrimonio propio que ejerce además, funciones de banco central.

1.1 Sistema bancario.

1.1.1 Definición.

El autor Sergio Rodríguez Asuero³, define al sistema bancario como: "el conjunto de autoridades, entidades e instituciones que señalan las normas, que realizan y controlan la intermediación en el crédito".

² Villegas Lara, Rene Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, tomo I, Pág.220.

³ Rodríguez Asuero, Sergio, **Contratos bancarios**, Pág. 99.

Al sistema bancario guatemalteco se le puede definir como: el conjunto de instituciones u organismos que recogen, administran y dirigen el ahorro y la inversión, dentro de una unidad política, económica, el cual, se rige por la legislación que regula todas las transacciones financieras y por los mecanismos e instrumentos que permiten la transferencia de activos entre sujetos superavitarios como los ahorrantes e inversionistas y los deficitarios o usuarios de créditos.

Es importante conocer que en Guatemala, el sistema bancario está compuesto por más 20 bancos privados nacionales, varios bancos extranjeros y por dos bancos estatales. Asimismo, existen más de 15 financieras, las cuales también forman parte de nuestro sistema bancario.

En cambio el sistema financiero formal guatemalteco, es mucho más amplio, pues está constituido actualmente por más de 150 instituciones, entre bancos, financieras, almacenes generales de depósito, aseguradoras, afianzadoras, casas de cambio y casas de bolsa.

1.2 Clasificación de las instituciones bancarias.

Las instituciones bancarias pueden clasificarse atendiendo los siguientes puntos de vista:

a) Por el origen del capital.

a.1) Bancos nacionales.

Son instituciones bancarias constituidas conforme a la legislación interna de cada país.

a.2) Bancos extranjeros.

Son bancos organizados en otros países, que luego de ser legalmente autorizados, funcionan en Guatemala en forma de sucursales.

b) Por la conformación del capital.

b.1 Bancos estatales.

Son entidades bancarias, cuyo capital es aportado exclusivamente por el Estado, constituidas mediante leyes especiales. En Guatemala están establecidos los siguientes:

- Banco de Guatemala, Decreto No.16-2002, Ley Orgánica del Banco De Guatemala.
- Crédito Hipotecario Nacional-Decreto Ley 25-79 y;
- Banco Nacional de la Vivienda-BANVI-Decreto legislativo 2-73 se hace la aclaración que el BANVI, fue liquidado totalmente en el año 2003.

b.2 Bancos privados.

Son instituciones bancarias constituidas en forma de sociedades anónimas, cuyo capital es aportado por la iniciativa privada.

b.3 Bancos Mixtos.

Son los bancos cuya participación en el capital es combinada entre el Estado y particulares, en nuestro medio figuran:

- Banco de los Trabajadores-Decreto Ley No.383 en el cual participan , además del Estado, los trabajadores del país.
- Banco del Ejército, S.A. -Decreto Ley 40-71, en el cual participaba el Instituto de Previsión Militar IPM, y el sector privado del país, se aclara que el Banco del Ejército fue fusionado en el año 2003, con El Crédito Hipotecario Nacional.

c) Por las operaciones que realizan.

Por las operaciones que realizan, los bancos se clasifican así:

c.1 Bancos comerciales.

Constituyen 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.

c.2 Bancos hipotecarios.

Son las instituciones de crédito que emiten bonos hipotecarios o prendarios, y reciben depósitos de ahorro y de plazo mayor, con el objetivo de invertir su producto, principalmente en operaciones activas de mediano y largo término.

c.3 Bancos de capitalización.

Son instituciones de crédito que emiten títulos de capitalización y reciben primas de ahorro con objeto de invertir su producto en distintas operaciones activas, de plazos consistentes con los de las obligaciones que contraigan, en nuestro país no existe este tipo de banco.

c.4 Bancos comerciales e hipotecarios.

Son los bancos habilitados como comerciales e hipotecarios a la vez, pero se rigen como bancos de categoría única. En la práctica, exceptuando el Vivibanco y el Banco de Guatemala, todos los bancos funcionan como bancos comerciales e hipotecarios.

D) Sociedades financieras.

Conforme la Ley de sociedades financieras, Decreto Ley número 208, éstas son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de banco de inversión, promueven la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazo, invirtiéndolos en estas empresas, ya sea en forma directa, adquiriendo acciones o participaciones, o bien indirectamente otorgándoles créditos para su organizaciones, ampliando, desarrollando y diversificando la producción.

1.3 Operaciones bancarias.

Las clasificaciones que la doctrina ha hecho de las operaciones bancarias son múltiples. La más utilizada divide a las operaciones bancarias en dos grandes grupos; las primeras llamadas fundamentales o típicas, que corresponden en el fondo a la realización de un negocio de crédito, y las otras denominadas neutras o indiferenciadas, que agrupan todas las demás que presentan las entidades bancarias.

En Guatemala, el Artículo número 41 de la Ley de bancos y grupos financieros establece, que los bancos autorizados conforme esta Ley, podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes:

1.3.1 Operaciones activas.

Son las que realizan las instituciones intermediarias, con el propósito de canalizar recursos financieros u otro tipo de bienes, o aquellas mediante las cuales asumen obligaciones por cuenta de los terceros independientemente de su forma jurídica

de formalización e instrumentación o de su registro contable, es decir, son aquellas operaciones que representan un derecho a ejercer por parte del banco contra terceros; entre las operaciones activas figuran:

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

1.3.2 Operaciones pasivas.

Son aquellas operaciones que realizan las instituciones intermediarias financieras con el propósito de captar recursos financieros, sobre los cuales dichas instituciones ofrecen, explícita o implícitamente, cualquier tipo de seguridad o garantía, ya sea en cuanto a recuperabilidad, mantenimiento del rendimiento, liquidez y otro compromiso que implique la restitución de fondos, independientemente de su forma jurídica

de formalización e instrumentación o de su registro contable; es decir, nace una obligación para el banco a la vista o a plazo; entre las operaciones pasivas están:

- Depósitos (monetarios, de ahorro y a plazo)
- Emisión de obligaciones y otros títulos
- Creación de obligaciones convertibles en acciones
- Reporto (como reportado).

1.3.3 Operaciones neutras, indiferenciadas o de confianza.

Son las que realizan las instituciones intermediarias financieras actuando como mandatarias, con el propósito de prestar servicios que no implican intermediación financiera ni compromisos financieros para las mismas.

En otro sentido, son operaciones que ni dan origen a un derecho, ni crean una obligación para los bancos, más bien se originan por cambio o traslación de valores. Se distinguen porque en ellas no existe una intermediación crediticia, sino una mediación por parte del banco en los cobros, en los pagos, en el desempeño de ciertos servicios por cuenta de sus clientes o en ellas los bancos se limitan a recibir bienes en simple custodia o administración, entre estas operaciones tenemos:

- Operaciones de cambios (compra-venta de M/E)
- Cobros por cuenta ajena
- Operaciones de fideicomiso
- Compra-venta de bienes
- Depósitos con opción de inversiones financieras
- Reporto (por cuenta de terceros)
- Otras operaciones de confianza.

Cabe mencionar, que la anterior clasificación no es única ni tampoco indiscutible, pues como se indicó, los autores han realizado múltiples ensayos de las mismas.

Sin embargo, la presente clasificación, tiene la ventaja que su aplicación general en Guatemala, es por disposición legal.

1.3.4 Banca múltiple.

La banca múltiple o multibanca, es el resultado del producto de la evolución de las operaciones bancarias especializadas, dicha banca se encuentra organizada por grupos financieros, siendo considerada además, como un nuevo tipo de institución de crédito, la cual permite que la banca privada alcance su más alto grado de desarrollo.

La banca múltiple ofrece servicios de banca comercial, hipotecaria financiera y fiduciaria también efectúa operaciones de almacén general de depósitos, de seguros y fianzas, de arrendamientos financieros, tarjetas de crédito, fideicomisos, de fomento y todas aquellas negociaciones de índole bancaria o financiera.

En Guatemala, se han diversificado los productos financieros, inclinándose hacia lo que conocemos como banca múltiple, por ejemplo: El Crédito Hipotecario Nacional, además de prestar los servicios bancarios comunes, su Ley orgánica, le faculta para efectuar operaciones de almacén general de depósitos, de seguros, fianzas y de montepío.

Los demás bancos han abandonado el modelo de banca especializada, y están avanzando hacia el esquema de banca

múltiple o universal, ejecutándolo mediante empresas relacionadas que forman corporaciones o grupos financieros, por ejemplo los grupos: Granai & Towson, Banco Industrial, Banco de Occidente, Banco Agro Mercantil, etc. Lo cual confirma que en Guatemala, si existe la banca múltiple.

1.4 Marco jurídico.

Es importante indicar, que el marco jurídico del sistema bancario guatemalteco, esta compuesto por un conjunto de leyes que pertenecen a una rama del derecho, como lo es, el derecho bancario.

El derecho bancario, es la rama del derecho en la que se desenvuelven las instituciones bancarias, el cual el connotado tratadista Sergio Rodríguez Asuero⁴, define como "el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca y su clientela, más concretamente los contratos celebrados entre las entidades de crédito y sus clientes."

Del análisis de los conceptos anotados anteriormente, fácilmente se desprende que el derecho bancario está conformado por normas tanto de derecho público, como de derecho privado y, por ende, en términos generales, las instituciones bancarias se encuentran sujetas a unas y otras normas.

En este orden de ideas, el Artículo número 12 del código de comercio de Guatemala, establece: "*Artículo 12. Bancos, aseguradoras y análogas:* Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades

⁴ *Ibid*, Págs. 94 y 96.

mutualistas y demás análogas, se registrarán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este código en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales.

En conclusión, se puede asegurar que el marco jurídico del sistema bancario guatemalteco, esta integrado por las leyes específicas, las regulaciones de la Junta Monetaria, la regulación interna de cada banco y supletoriamente las demás leyes ordinarias del país.

1.4.1 Leyes específicas.

a) Ley de bancos y grupos financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República.

Su objetivo fundamental es el de dictar normas para regular las actividades de las instituciones de créditos, velando por la solvencia y liquidez de éstas, en resguardo de un sistema bancario sano, que coadyuve al crecimiento de la economía del país.

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

Esta Ley regula la estructura y funcionamiento del Banco de Guatemala, el cual es una entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica y con patrimonio propio, el cual administra el funcionamiento del sistema bancario nacional actuando como banco central, cuyo objeto principal es el de promover la creación y el mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional.

c) Ley Monetaria Decreto número 203 del Congreso de la República.

Esta Ley regula todo lo relativo a la moneda del país, como: su uso, emisión, circulación, especies, canje, desmonetización, paridad, etc.

d) Ley de supervisión financiera Decreto número 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala. Su objeto fundamental, es la creación de un órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

e) Leyes constitutivas de creación.

Cada una de estas leyes regulan un banco específico; asimismo, contienen los estatutos de su creación; por ejemplo: la Ley orgánica del banco de los trabajadores, la Ley orgánica de el crédito hipotecario nacional.

1.4.2 Regulaciones de Junta Monetaria.

De conformidad con el Decreto número 16-2002, Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Junta Monetaria tiene a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, de donde los bancos deben acatar normas sobre: el encaje bancario, solidez patrimonial, régimen cambiario, constitución y fusión de bancos y autorización de sucursales y agencias bancarias, así como otras disposiciones para que los bancos mantengan los niveles adecuados de liquidez y solvencia patrimonial.

1.4.3 Regulación interna.

Dentro de la regulación interna de los bancos, en primer lugar, están sus escrituras constitutivas, luego los reglamentos de créditos, de depósitos, de personal, de viáticos, de obligaciones, etc; asimismo, encontramos las políticas administrativas, contables y otras disposiciones internas.

Se considera importante la regulación interna de cada institución bancaria, pues ésta constituye un elemento fundamental para alcanzar un sistema financiero eficiente, fomentando la vigilancia recíproca entre los diferentes participantes del sistema, con el propósito de lograr transparencia y disciplina en nuestro mercado financiero.

CAPÍTULO II

2. Autoridades Monetarias.

2.1 Junta Monetaria.

Es un órgano colegiado que tiene a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional, con la finalidad de garantizar la estabilidad monetaria.

2.1.1 Integración de la Junta Monetaria.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su Artículo número 132, que la Junta Monetaria se integra con los siguientes miembros:

- a) El Presidente, quien también lo será del Banco de Guatemala, nombrado por el Presidente de la República por un período establecido en la Ley;
- b) Los Ministros de Finanzas Públicas, Economía y Agricultura Ganadería y Alimentación;
- c) Un miembro electo por el Congreso de la República;
- d) Un miembro electo por las asociaciones empresariales de comercio, industria y agricultura;
- e) Un miembro electo por los presidentes de los consejos de administración o Juntas Directivas de los bancos privados nacionales y;
- f) Un miembro electo por el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

El nombramiento de los miembros de la Junta Monetaria es importante si se busca darle autonomía, es necesario que el

nombramiento este alejado de cualquier sector interesado en obtener beneficios sectarios; en el esquema actual, cada uno representa un sector específico, y tratará de influir en los aspectos de la política monetaria.

El Poder Ejecutivo tratará de influir, para lograr disposiciones de corto plazo, estimulando empleo a costa de inflación, beneficios económicos hacia determinados grupos en el período previo a elecciones y el sector financiero buscara regulaciones que le permitan el logro de beneficios.

Una adecuada reforma en el procedimiento del nombramiento de los miembros de la Junta Monetaria, puede constar de varias partes; en primer lugar la eliminación de representaciones directas de sectores específicos esto incluye a los Ministros de Estado.

En segundo lugar, habría que diseñar una reforma al mecanismo de postulación y nombramiento, la figura del Presidente de la República para nombrar miembros debe ser conservadora, evitando que pueda nombrar al Presidente de la Junta, siendo éste electo por votación entre los mismos miembros de la Junta.

Una comisión de postulación conformada por tres ex presidentes del Banco Central y los Decanos de las Facultades de Economía del país, presentando un listado de los candidatos al Congreso de la República, quien por mayoría calificada elegiría a los miembros de la Junta Monetaria; un procedimiento parecido a este es utilizado para elegir a los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, la idea es conformar un órgano con independencia respecto a cualquier grupo de interés o respecto del mismo gobierno.

El número de miembros no deberá ser mayor al actual, pero si impar, esto para evitar empates en las votaciones.

2.1.2 Remoción.

En cuanto a la remoción de los miembros con relación a la de desligar sus acciones de la aprobación del Ejecutivo y del Legislativo; la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, estipula que los miembros de la Junta Monetaria, solamente podrán ser removidos por causas que la ley contempla, no es necesario que las causales se den en el caso del Presidente de la Junta Monetaria y de los Ministros que la conforman, pues el Presidente les puede solicitar su renuncia.

En nuestro país, la legislación debería reformarse en el sentido de adoptar un elemento parecido a la Ley chilena, para garantizar a los miembros de la Junta Monetaria, que nadie estaría facultado para removerlos hasta que se comprobara la comisión de alguna falta en el ejercicio de su cargo.

2.1.3 Duración.

Con relación a la duración en el ejercicio de los cargos en la Junta Monetaria, para independizar el manejo de la Banca Central, un mecanismo adecuado sería hacerlos asimétricos a la duración del ciclo Político. Esto quiere decir que, la duración de los miembros de la Junta, en el ejercicio de su cargo, fuera más prolongada que la duración del período presidencial, con esto se lograría el traslape entre autoridades; en Guatemala, muy poco se ha tenido en cuenta este aspecto.

En la legislación guatemalteca se regula, que la duración del Presidente, Vicepresidente y Ministros es de cuatro años, los

demás miembros tienen una duración menor, esto no garantiza el movimiento contra cíclico en la rotación de los cargos; sin embargo, algo se ha hecho con el citado traslape, según el Decreto número 16-2002, del Congreso de la República, Ley de bancos y grupos financieros cuando establece que en su Artículo 84 el Presidente y el Vicepresidente de la Junta Monetaria y el Banco de Guatemala en funciones, concluirá el treinta de septiembre del año dos mil dos.

En Guatemala, la duración de los cargos podría establecerse mayor que la del período presidencial con un esquema de vencimiento en forma escalonada, esta podría actuar en última instancia en función del plazo de la cantidad de miembros y la duración del período presidencial; se debe tener presente, que períodos largos en la duración de los cargos permiten planear a largo plazo.

2.1.4 Requisitos.

En relación con los requisitos para formar parte de la Junta Monetaria no encontramos problema alguno, pues las personas deben ser de reconocida honorabilidad, de notoria preparación y desde luego competentes en la materia económica y financiera.

El Artículo 18 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala cita las imposibilidades para ser miembro de la Junta Monetaria; dentro de las cuales están las siguientes: los menores de treinta años, dos o más personas parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o bien que formen parte de un mismo consejo a administración en una sociedad mercantil, los insolventes o quebrados, los condenados por

delitos que impliquen delitos de probidad y los legalmente incapaces.

Otras incapacidades contenidas en el artículo mencionado en su inciso b) indican que no pueden conformar la Junta, los presidentes, directores o empleados de los bancos, pero se exceptúan a los titulares y suplentes electos por los Bancos; el inciso F) regula que no pueden ser titulares de la Junta los dirigentes de las organizaciones de carácter político; pero la excepción indica que se exceptúa los integrantes ex officio, es decir los Ministros y el representante del Congreso.

Así también, el inciso g) establece que no pueden formar parte de la Junta Monetaria, quienes desempeñen cargos o empleados remunerados, de elecciones populares o nombramiento de los Organismos del Estado e incluso de las Municipalidades, pero se exceptúa a quienes ejerzan cargos de carácter docente.

Las excepciones tratan de dejar fuera del manejo monetario a todo sector que en algún momento se pueda beneficiar de su manipulación, pero es incongruente con el espíritu de la prohibición. La única salvedad a mantenerse es la de los académicos relacionados con la ciencia económica, es decir que se debieran dejar fuera de la conformación de la Junta Monetaria a las personas comprometidas con algún sector interesado.

2.1.5 Funciones.

El objetivo más importante de la política monetaria económica, es preservar el valor del dinero, esta estabilidad permite crear bases adecuadas para calcular inversiones a largo plazo transparente y confiable.

El funcionamiento del patrón oro limitaba la libertad de acción de los bancos centrales de aumentar la oferta del dinero, la inflación se mantendría bajo control.

El ajuste automático del patrón oro en la balanza de pagos fue sustituida por las Juntas Monetarias y los Congresos de la República, en 1978 el Congreso de la República de Guatemala rompió el vínculo del oro y el quetzal, esto trajo consecuencias devastadoras. Al modificarse la Ley del Banco de Guatemala (el derogado Decreto 203) permitió al gobierno obtener financiamiento barato e ilimitado del Banco Central para financiar déficit fiscal.

En 1983 y 1984 la Junta Monetaria adopta un tipo de cambio múltiple, autorizando al Banco de Guatemala asumir la deuda comercial externa privada cuando el quetzal se devaluaba con rapidez; estas acciones dieron lugar a que el Banco de Guatemala emitiera millones de quetzales.

Los partidos políticos en el poder, no han implementado medidas de ajuste para no cargar con el costo político, discuten medidas de política económica y realizan un sin fin de tramites que al aplicarse son extemporáneos y causan mayores desequilibrios, esto como consecuencia del poco conocimiento del sistema monetario económico.

No obstante, el Artículo 132 de la Constitución Política de la República, establece que es potestad del Estado formular y realizar las políticas que tienden a crear y mantener las condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado del país. Esta función esta asignada a la Junta

Monetaria, pero se necesita que la Constitución sea más precisa, el Estado debería en materia monetaria, velar por la estabilidad del valor de la moneda.

2.2 Banco de Guatemala.

Es el Banco Central de la República, es una entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, de duración indefinida y con domicilio en el Departamento de Guatemala, tiene además como objetivo fundamental contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, proporcionará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios.

Asimismo, el Banco Central tiene, entre otras funciones: a) ser el único emisor de la moneda nacional; b) procurar que se mantenga un nivel adecuado de liquidez del sistema bancario, mediante la utilización de los instrumentos previstos en su Ley Orgánica y; c) las demás funciones compatibles con su naturaleza de Banco Central que le sean asignados por mandato legal.

El Presidente y Vicepresidente de la Junta Monetaria, quienes también lo son del Banco de Guatemala, son nombrados por el Presidente de la República por un período de cuatro años, contado a partir del primer nombramiento que se realice con base en la Ley orgánica del Banco de Guatemala, el Presidente y Vicepresidente deberán ser personas de reconocida honorabilidad y de notoria preparación en materia económica y financiera.

El Gerente General del Banco de Guatemala, tendrá bajo su responsabilidad la administración del mismo, respondiendo ante el Presidente de esta Institución y ante la Junta Monetaria, el correcto y eficaz funcionamiento del Banco; además, el Gerente General ejercerá la representación legal del Banco de Guatemala judicial y extrajudicialmente, en aquellos asuntos no reservados al Presidente del Banco, por consiguiente, podrá ejecutar todos los actos y suscribir los contratos que sean del giro ordinario del Banco Central.

El Banco de Guatemala, por medio de su Comité de Ejecución, ejecutará la política monetaria, cambiaria y crediticia que determine la Junta Monetaria; el comité de ejecución se integra por el Presidente del Banco de Guatemala, quien a su vez lo coordina, por las autoridades del Banco de Guatemala que designe la Junta Monetaria, dicho Comité contará con los asesores técnicos que designe la Junta Monetaria a propuesta del Presidente. El Vicepresidente del Banco de Guatemala coordinará el Comité en ausencia del Presidente.

2.2.1 Funciones del Banco de Guatemala.

a) El Banco de Guatemala, en su función de banco de emisión.

Los Bancos Centrales justifican por razones lógicas y de orden práctico la concentración en la emisión de billetes, entre otras, citan las siguientes:

a.1) Aparte de la uniformidad en la circulación de billetes, es muy importante lograr una vigilancia oficial eficaz, es conveniente vigilar y controlar la emisión en forma indirecta a través del Banco Central;

- a.2) El monopolio de la emisión, da al banco central cierto control en el exceso del crédito otorgado por los bancos comerciales, por implicar una mayor demanda de billetes;
- a.3) El apoyo del Estado a un banco en la concentración de billetes, da a éstos cierto prestigio especial, del cual carecen los emitidos por una pluralidad de bancos;
- a.4) Dentro de determinadas circunstancias, la emisión de billetes es una fuente de utilidades y un gobierno prefiere compartirlas con un solo banco;
- a.5) El Banco Central, en su función emisora regula la emisión de billetes, este es uno de los problemas más serios de trascendencia económica por estar condicionado a la demanda monetaria para el buen desenvolvimiento de las actividades monetarias, del ciclo económico y de las propias etapas del desarrollo económico de los países.

El Banco de Guatemala en su condición de único emisor de billetes y de moneda metálica, la ejerce, por mandato legal, las leyes que norman la emisión monetaria son: Ley Monetaria, Decreto número 17-2002 y de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala Decreto número 16-2002, ambos del Congreso de la República de Guatemala.

El Artículo primero de la Ley Monetaria, establece que la unidad monetaria de Guatemala, se denomina Quetzal, el cual es representada por la letra "Q"; el Artículo segundo de la misma Ley citada, establece que el Banco de Guatemala, es el único que puede emitir billetes y monedas dentro de la República.

La emisión se encuentra constituida por billetes y monedas nacionales aunque no estén en poder del Banco de Guatemala, el

mismo Decreto en el Artículo sexto establece, que el Quetzal se empleará como moneda de cuenta y medio de pago de contenido dinerario y otorga poder liberatorio de deudas, salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario.

Es importante señalar, que aún cuando la unidad monetaria de Guatemala, por mandato legal es el Quetzal, según este artículo, se aceptan divisas o moneda extranjera como pago de honorarios, pago de sueldos, salarios o comisiones por la prestación de un trabajo por la prestación de un servicio.

De la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, nos interesa el Artículo tercero, el cual establece que, 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, asimismo, el artículo número cuatro del mismo cuerpo legal, regula que el Banco de Guatemala, entre otras funciones es el único emisor de moneda nacional, y como es de esperarse ha de procurar un nivel adecuado de liquidez en el sistema bancario.

b) El Banco de Guatemala, en su función de banquero y agente consejero del gobierno.

Una de las funciones típicas de los bancos centrales es servir como banqueros, agentes y consejeros del gobierno; en su condición de banquero del gobierno, el Banco Central lleva las cuentas bancarias de las dependencias y entidades oficiales; mientras se recaudan impuestos, adelanta fondos o se obtienen

empréstitos del público; compra y vende divisas y monedas extranjeras para pagos y transacciones gubernamentales. Por razones de conveniencia y de economía, los bancos centrales actúan como banqueros de los gobiernos.

En Guatemala la función del Banco Central como banquero del Estado se encuentra limitada por el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, para garantizar al Banco de Guatemala, otorgar financiamiento directo o indirecto, garantía o aval al Estado, a las entidades descentralizadas, autónomas, incluidas las entidades no bancarias, con la misma finalidad, el Banco Central no puede adquirir valores que emitan o negocien en el mercado primario las citadas entidades.

La actuación del Banco Central como consejero y agente financiero se encuentra regulado del Artículo 53 al 59 del Decreto Ley numero 16-2002, Ley Orgánica del Banco de Guatemala, el Artículo 54 de la citada Ley regula que, el Organismo Ejecutivo, instituciones autónomas, descentralizadas, entidades y dependencias del Estado efectuaran operaciones financieras en moneda nacional o extranjera por medio del Banco Central.

El Artículo 55 del mismo cuerpo legal establece, que los recursos financieros de las entidades estatales y sus instituciones autónomas y descentralizadas serán depositados en el Banco de Guatemala, quien abrirá una cuenta general de caja a la Tesorería Nacional. El Banco Central al actuar como agente financiero del Estado no asumiría obligaciones financieras derivada del incumplimiento del Estado en el pago de intereses, comisiones o cualquier otro compromiso de carácter financiero.

c) El Banco de Guatemala, en su función de guardián de las reservas de efectivo de los bancos del sistema.

Los bancos del sistema aportan una cierta cantidad de dinero al Banco Central, por disposición legal o por acto voluntario, esto fortifica los bancos centrales, quienes disponen de mayores recursos para ampliar sus programas de inversión y disponibilidades a las solicitudes o redescuentos de los mismos bancos.

Estas reservas en efectivo, que los bancos del sistema depositan en el banco central, se denomina encaje bancario, el cual es muy importante, porque asegura en lo posible la liquidez de las instituciones financieras, garantizan su responsabilidad con los acreedores por depósitos a la vista, a plazo, de ahorros y en general, por sus obligaciones depositarias.

Otros consideran que la función de vital importancia y trascendente de los encajes, es que reduce o amplía la base crediticia, se constituye en un valioso instrumento de control del crédito bancario, de la magnitud y el destino.

Por leve que sea la modificación en la tasa de encaje, disminuye o aumenta en forma automática y ostensible la capacidad del crédito en los bancos comerciales, si el encaje aumenta, el banco dispone de un margen menor para invertir, en sus operaciones, si el encaje disminuye se produce el efecto contrario.

Desde esta perspectiva, los encajes o reservas monetarias se constituyen en instrumentos de control crediticio utilizados por las autoridades de los bancos centrales.

El inciso d) del Artículo número cuatro de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, nos indica que el Banco Central tiene entre otras funciones, recibir en depósito los encajes bancarios y los depósitos a que se refiere la ley, asimismo, en el Artículo 43 del mismo cuerpo legal, establece que los depósitos bancarios están sujetos a encajes bancarios, el cual se calculará en moneda nacional o extranjera, como un porcentaje de la totalidad de tales depósitos.

Este encaje bancario deberá mantenerse constantemente en forma de depósitos de inmediata exigibilidad en el Banco de Guatemala, de fondos en efectivo en las cajas de los Bancos cuando las circunstancias lo ameriten, de inversiones liquidas en títulos, documentos o valores, nacionales o extranjeros, de acuerdo con los reglamentos que para el efecto emita la Junta Monetaria.

De igual manera están sujetos al encaje bancario otras operaciones pasivas, contingentes o de servicios que realicen los bancos, incluyendo las operaciones derivadas de fideicomisos en las que participe un Banco fiduciario, cuando con estas operaciones, a juicio de la Junta Monetaria, previo informe de la Superintendencia de Bancos, se elude el encaje bancario. El encaje bancario no es embargable el mismo cuerpo legal en el Artículo 45, se refiere a la reglamentación del encaje bancario y los aspectos que deberá contener.

En Guatemala, el presidente del Banco de Guatemala, cree que es necesario in ambiente de armonía monetaria para lograr atraer inversión, generar empleo y producción.

Sin embargo, el estudio de las economías de los países y la experiencia en materia monetaria ha demostrado que una economía desarrollada, vigorosa, su moneda es fuerte, con pleno valor. No es así con una economía raquítica a la que le correspondería una moneda endeble. Es la economía bien desarrollada la que da salud a la moneda y no la moneda a la economía⁵.

d) El Banco de Guatemala, en su función de banco de redescuento y prestamista de última instancia.

Los bancos centrales se han caracterizado por las funciones de redescuentos y prestamista de última instancia, las cuales son cosas distintas. El Banco Central ejerce la función de prestamista de última instancia, cuando el o los bancos del sistema, hayan utilizado y agotado sus propios recursos y aún así necesiten de efectivo para cumplir con sus obligaciones.

Mediante el descuento, el Banco Central garantiza a los bancos comerciales, la capacidad para afrontar retiros de depósitos o demandas legítimas de créditos internos o divisas, siempre que existan documentos aceptables para ser redescontados.

El Artículo 48 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, establece que, con base en la política monetaria, cambiaria y crediticia determinada por la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala podrá otorgar crédito a los bancos del sistema,

⁵ Paredes, Jennifer y Vernick, Gudiel, **Estabilidad no puede reactivar economía**, Pág. 8.

únicamente para solventar deficiencias temporales de liquidez; según esta ley, el Banco de Guatemala, limita su función de prestamista de última instancia hasta el 50% del patrimonio computable del Banco interesado a quien a su vez debe prestar garantía y hasta dos veces en un año.

El Banco Central solo podrá otorgar créditos de corto plazo, para solventar deficiencias temporales de liquidez, hasta por un máximo de treinta días calendario, el que puede ser prorrogado por la mitad del plazo originario.

e) El Banco de Guatemala, en su función de banco de compensación, liquidación y traspasos centrales.

Esta función llena una finalidad útil y práctica, al llevarse una cuenta de abono a cada uno de los bancos, fue relativamente fácil pensar en utilizar esta cuenta para efectuar traspasos, compensaciones, liquidaciones de operaciones interbancarias, en especial el pago o aceptación de cheques a cargo de los demás, bancos, por parte de cada banco.

Los bancos centrales llevan a cabo esta labor de compensación de los cheques de los bancos del sistema, se le ha designado el nombre de cámara de compensación; el lugar donde se reúnen diariamente, en el mismo edificio del Banco Central, varias veces al día, los empleados de diferentes bancos en presencia de un jefe designado por el Banco Central para vigilar la operación, cada uno de ellos entrega los cheques a cargo de los demás bancos que su institución recibió y recibe los cheques que, estando a cargo de su banco, fueron abonados por los otros bancos.

La diferencia que resulte del valor de los cheques al recibir y entregar, crea débitos y créditos operados por el Banco Central en la correspondiente cuenta de los bancos.

Para el sistema bancario es de gran utilidad, al propiciar liquidez, velocidad y economía en el uso y transporte del dinero; la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, establece en el Artículo 70 que, los encajes bancarios, así como otros fondos que estén depositados por los bancos en el Banco de Guatemala, o en otras entidades que para ese efecto contrate, servirán de base para el sistema de compensación. La Junta Monetaria reglamentará la Cámara de Compensación, sea esta pública o privada, y correspondiendo a la Superintendencia de Bancos velar porque los participantes en dicha Cámara cumplan con el reglamento respectivo.

f) El Banco de Guatemala, en su función de contralor del crédito.

El control o regulación del crédito se constituye en la función más importante de un banco central, es aquí donde surgen los problemas de más importancia en materia de banca central. El sujeto de control es el crédito, base de la organización económica, el cual conviene sujetarlo por medios técnicos y eficientes.

Hasta 1931 el objetivo tradicional del control de crédito era estabilizar los tipos de cambios, para mantener la confianza internacional, factor necesario para el bienestar económico de un país.

Después de 1931, el patrón oro fue abandonado por los distintos países, y se ha buscado el control del crédito con el fin de estabilizar el nivel de precios nacionales e internacionales para el bienestar económico de los países en general, según esta corriente, al variar el nivel de precios, se distorsiona la estructura económica de los países y las relaciones internacionales, esta última con efectos lesivos en el orden económico y social. Para los defensores de este punto de vista, la estabilidad del nivel de precios es importante para eliminar esos desajustes.

Los técnicos de Banca Central han establecido métodos o instrumentos para regular el crédito, pero los que mencionaremos son los más importantes:

a) Aplicar medidas coercitivas contra el banco infractor o la institución financiera o utilizar disposiciones rectoras de operaciones de préstamos e inversión de los bancos, con el fin de ayudar a el Banco Central a controlar el crédito y lograr una adecuada distribución;

b) Elevar o disminuir las reservas mínimas del efectivo que deben mantener los bancos comerciales para expandir o contraer la capacidad de crear crédito;

c) Establecer requisitos mínimos de reservas secundarias que deberán mantener los bancos comerciales en valores gubernamentales y activos específicos, con el fin de restringir la capacidad de aquellos, con el objetivo de aumentar el crédito comercial en general;

d) Reglamentar la forma de conceder créditos amortizables a plazos, destinados a comprar o tener bienes duraderos de consumo, como medio de ejercer algún control directo sobre el total del crédito al consumo;

e) La persuasión moral y la publicidad para lograr objetivos propuestos, cualquiera de estos instrumentos puede ser completada con una política fiscal del gobierno para crear elementos compensadores. Estos podrían ser el financiamiento parcial de obras y empresas publicas, reducción de impuestos para contrarrestar la disminución violenta de la actividad económica privada, el control oficial de la inversión privada;

El control del crédito no bancario es de las metas más difíciles de lograr por los bancos, financieras, hombres de negocios y del público en general.

2.3 La Superintendencia de bancos.

La Superintendencia de Bancos, es el órgano que ejerce la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga, además hace cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables, a fin de que las entidades sujetas a su vigilancia e inspección mantengan una liquidez y solvencia adecuadas, manejando adecuadamente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de las operaciones que efectúen, en función de la protección de los intereses del público que confía sus ahorros a dichas entidades.

Asimismo, en el artículo primero del Decreto número 18-2002, Ley de supervisión financiera, se encuentra la definición legal de la Superintendencia de Bancos⁶.

Es necesario comprender, que la supervisión, se refiere a la vigilancia e inspección de las entidades a que se refiere la Ley de supervisión financiera, que realiza la Superintendencia de Bancos, con el objeto de que las mismas adecuen sus actividades y funcionamiento a las normas legales, reglamentarias y a otras disposiciones que les sean aplicables, así como la evaluación del riesgo que asuman las entidades supervisadas.

2.3.1 Cualidades para ser Superintendente de Bancos.

El Superintendente de Bancos, es la autoridad administrativa superior de la Superintendencia de Bancos, ejerce su representación legal, tanto para actuar judicial como extrajudicialmente en el ámbito de su competencia; en consecuencia, tiene las facultades para ejecutar los actos, otorgar y revocar mandatos y celebrar contratos que sean del giro ordinario de la Superintendencia de Bancos, según su naturaleza y objeto, de los que de él se deriven y de los que con ella se relacionan.

⁶ El Artículo primero, de la Ley de supervisión financiera establece: "*Naturaleza y objeto:* La Superintendencia de Bancos es un órgano de banca central, organizada conforme a esta Ley, entidad eminentemente técnica, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan.

La Superintendencia de Bancos, tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial".

Toda institución tiene un arraigo dentro de la comunidad, de acuerdo con su trayectoria histórica, las instituciones existen a través del tiempo por el papel que desarrollan en el seno de las sociedades, por la finalidad que persiguen y sobretodo por los valores positivos que realizan.

Por ello, las instituciones, no actúan por si solas, sino a través de los hombres que le dan vida y proyección. De aquí, que es necesario buscar hombres para la dirección de las mismas y nunca a la inversa, pues ello es tanto como destruirlas.

Este fenómeno, desgraciadamente, es lo que frecuentemente vemos en el mundo político jurídico-institucional; en materia de supervisión es imprescindible que el titular del órgano oficial sea una persona idónea y de reconocida probidad para aspirar al cargo. Por lo tanto, no basta tener un grado académico en el área de la supervisión, sino, además, tener cualidades intrínsecas que lo hagan meritorio al cargo.

Cuantas veces no asumen cargos públicos personas que no gozan de esa idoneidad que debe ir unida a la experiencia sobre el trabajo a ejecutar; no bastan los conocimientos teóricos, aún cuando esta exigencia es de suma importancia; se debe tener, esa experiencia que da el manejo de asuntos que coloca al funcionario en la posibilidad de advertir y manejar los problemas que pueden sobrevenir en un mundo como el actual.

De hecho se vive con esos problemas de mantener o de restaurar el equilibrio y de advertir los fenómenos que amenazan con desatar las crisis; no es posible entonces, que el mando de la supervisión descansa en personas que no tengan esa idoneidad,

conocimiento, experiencia y capacidad para el desempeño de tan delicado cargo.

Cuando el cargo se ejerce por la persona indicada, la institución va teniendo el arraigo de que hablamos dentro de la comunidad, va consolidando su actuación, se le tiene respeto y confiabilidad en que las cosas están en buenas manos.

En países como Guatemala, de un padecimiento crónico de subdesarrollo, salvo en rarísimas excepciones, las cosas se manejan en forma diferente, esto es, las instituciones quedan en manos de personas que ostentan atributos negativos y casi ninguno positivo, sobre todo en cargos que son de suma importancia para la estabilidad, confianza, seguridad y consolidación del sistema, como lo es para poner un ejemplo, el campo de la administración de justicia, en donde el compadrazgo y el amiguismo tienen un lugar prioritario.

De ahí que no extraña, el porque de este inmenso deterioro en dicho servicio, el que cada vez se acentúa más.

Se puede afirmar que en Guatemala, al momento de utilizar las herramientas financiera legales, no existe un titular que las haga valer, que las aplique en forma oportuna y conveniente y que al mismo tiempo imprima seguridad y confiabilidad al sistema bancario, de manera que la supervisión sea verdaderamente eficaz.

Para encontrar a la persona idónea para el cargo no debe existir un elemento que ha acompañado a Guatemala siempre en este fatal subdesarrollo; el político, porque cuando está de por medio no

puede esperarse nada bueno, por eso cuando se habla de la necesaria autonomía de la supervisión no se refiere solamente a un problema institucional propiamente, sino también a la escogencia del titular que va indisolublemente unido al concepto de autonomía.

No puede haber autonomía si la elección o nombramiento del que dirige la institución proviene de un grupo político al cual pertenece, porque esta posición implica compromisos necesariamente, contrario a la esencia de la supervisión que es eminentemente técnica.

En el Derecho administrativo existe una serie de requisitos para el ejercicio de la función pública y uno de ellos, de orden constitucional, es el prestar juramento de fidelidad a la Constitución Política de República; este acto desde luego es esencial puesto que todo el orden jurídico tiene su nacimiento y su fin en el orden constitucional. ¿Es esto suficiente?, debiera serlo, porque la Constitución no solo es un orden jurídico y político sino también moral en cuanto que sus principios tiene necesariamente una raíz ética.

Sin embargo, el ejercicio material de la función sale extramuros de la Carta Fundamental, en cuanto que no toda la actividad se traduce en actos jurídicos o políticos, como lo es el actuar con conocimiento, experiencia, probidad y vocación de servicio, por lo que el sentido de la idoneidad habrá que buscarlo en las cualidades intrínsecas del aspirante al cargo, en sus dotes personales para el desempeño del cargo, en el que solo su presencia da confiabilidad y seguridad al mismo.

Normalmente el derecho administrativo en materia de nombramiento se contrae a cuestiones de orden externo o formal, tales como desempeñar personalmente sus funciones, obligación de respetar la jerarquía, la dedicación al cargo durante el tiempo estipulado, cuestiones todas estas que indudablemente son importantes para el desempeño, pero que no dicen mucho en relación a la especialidad que debe observarse para los cargos en particular, como en el caso de la supervisión.

El Superintendente de Bancos es nombrado por el Presidente de la República para un período de cuatro años, seleccionado de una terna propuesta por la Junta Monetaria, con el voto favorable de las tres cuartas partes de la totalidad de los miembros de dicha Junta.

El Superintendente de Bancos, además, debe ser guatemalteco de origen, hallarse en el goce de los derechos ciudadanos, mayor de treinta años, persona de reconocida probidad y acreditar, como mínimo, grado académico de licenciatura en el área contable y de auditoria, económica o de ciencias jurídicas y sociales. En este último caso, con acreditamiento académico en el área financiera o económica; en todos los casos deberá acreditarse notoria competencia en técnica bancaria o supervisión financiera.

Asimismo, gozará de iguales prerrogativas e inmunidades que los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la República.

2.3.2 Funciones de la Superintendencia de Bancos.

Corresponde analizar dos aspectos que son básicos para entender la función del órgano supervisor, como lo es la dirección general y la independencia funcional.

Estos términos parecieran que son contradictorios, por lo que para encontrarle el sentido a cada uno, es necesario desentrañar su significado para hacerlos congruentes entre sí.

Cuando se menciona, que la Superintendencia de Bancos actuará bajo la dirección general de la Junta Monetaria, debe entenderse por tal expresión, cuando éste órgano colegiado, dicte normas de carácter general que deberán ser aplicadas por el órgano supervisor, bien que éste las haya sometido a la aprobación de aquel o bien que hayan nacido directamente de la autoridad monetaria.

En este sentido, las normas dictadas por la Junta Monetaria, tienen un carácter de política a seguir en materia de supervisión para hacer eficaz el mandato de, cumplir y hacer que se cumpla la ley en materia de vigilancia e inspección.

Asimismo, dirección general, implica también el dictar normas de tipo general, abstractas, indeterminadas e impersonales, susceptibles de ser aplicadas a los casos concretos que se presenten en la función de supervisión; pero también dirección general puede entenderse en cuanto a dictar políticas administrativas que se consideren convenientes en la supervisión, pues la Superintendencia de Bancos no goza de la potestad reglamentaria propia de los entes autónomos.

El término dirección general, con las reformas a la Ley Orgánica Banco de Guatemala, significa que la Superintendencia de Bancos, ha pasado a formar parte de la banca central y si antes tenía una cuasi autonomía por ser nombrado su titular por el Presidente de la República, ahora solo le ha quedado la función técnica y funcional, ambas bastante relativas porque las directrices políticas y legislativas dimanar de la Junta Monetaria.

El legislador ordinario para encontrarle una salida a este embrollo de estructura administrativa se vio en la necesidad de otorgarle independencia funcional en su labor fundamental de vigilancia e inspección, a fin de adecuar su función al texto constitucional, es posible encontrarle el término dirección general la significación que hemos apuntado.

Actuar bajo la dirección general y al mismo tiempo gozar de independencia funcional, pareciera como nos explica el autor Arturo Martínez Gálvez⁷, una *contraditio in terminis*, pues en el fondo pareciera que lo es, pero a luz de una interpretación contextual y sistemática su sentido adquiere comprensión, como lo hemos apuntado.

El término independencia funcional, es necesario que se interprete en relación al de dirección general, a fin de no entrar en equívocos o incorrectas interpretaciones, la dirección general denota dependencia en la dirección; sin embargo, esta dirección es solo de carácter político no técnico, por lo que en este último significado debe entenderse la independencia funcional.

⁷Martínez Gálvez, Arturo, **Las crisis financieras y la supervisión**, Pág. 289.

Esta función técnica se desarrollará cuando, como y donde lo decida la Superintendencia de Bancos en materia de vigilancia e inspección; sin embargo, la misma pierde en gran parte su sentido y finalidad, cuando en segunda instancia, por la vía de apelación conoce la Junta Monetaria, por cuanto que este órgano no es técnico en materia de supervisión y porque en su integración concurren miembros que tienen fuertes intereses en las actuaciones en general del órgano supervisor, lo que hace que su función se pueda ver en un momento dado neutralizada o nulificada.

En efecto, el tercer párrafo del artículo 133 de la Constitución Política de la República, establece que la Superintendencia de Bancos, se organiza conforme a la Ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de las instituciones bancarias, financieras y demás que disponga la Ley. Organizar implica la estructuración del órgano y el nombramiento de las autoridades, su destitución y la asignación de atribuciones, pero no que otro órgano imponga directrices y la sujete al mismo.

Antes de la promulgación de la Constitución, podríamos decir que eso era posible, pero no bajo la vigencia de la actual, puede ser que la Superintendencia de Bancos sea un órgano de banca central porque su competencia abarca este ámbito, pero esto no significa que caiga dentro del gobierno de la autoridad monetaria, no solo por razones técnicas, sino también de orden político.

Pero esto no es suficiente, porque si bien es importante y necesario que exista una normativa capaz de brindar seguridad, esta por si sola no garantiza dicha seguridad, si el supervisor

no tiene la autonomía necesaria para hacer valer en forma eficaz la supervisión; entendiendo la autonomía como, la potestad de determinar sus propias políticas, de decidir sobre los asuntos que son de su competencia, de administrarse a si mismos y de tener su propio presupuesto y patrimonio, lo que significaría constituirse en una entidad descentralizada⁸.

Se estima que dada la enorme importancia que reviste la supervisión para el sistema financiero y para el país en general, tanto a nivel local como internacional, así como por la complejidad que el mismo encierra, la creación de un ente estatal autónomo, que asuma la responsabilidad de la supervisión, se hace impostergable.

⁸ **Ibid**, Pág. 296.

CAPÍTULO III

3. El riesgo bancario.

En el presente capítulo, además de analizar lo que es el riesgo bancario, se abordan las principales causas que originan que una institución bancaria sufra de iliquidez e insolvencia, ocasionando con ello la intervención de la autoridad monetaria y la aplicación de las leyes financieras del país.

Es importante primero, conocer el concepto de riesgo bancario, pues en la medida en que se corren muchos de estos, la crisis puede sobrevenir con mayor o menor intensidad.

En general, toda operación de crédito tiene como elemento implícito el riesgo, si bien puede decirse que en el mercado autoregulado dicho riesgo es mayor, por cuanto que existe una mayor libertad en el otorgamiento de créditos y porque la misma competitividad, en un libre mercado, empuja a realizar operaciones poco prudentes.

El mercado autorregulado en el que entramos prácticamente con la modernización financiera, es un mercado que se caracteriza por operar bajo un sistema de liberalización y autocontrol, en el que la responsabilidad de la evaluación y control de los riesgos asumidos recae en cada uno de los participantes en el mercado, es el mismo mercado, el que crea una gama amplia y diversa de productos y servicios financieros que generan el incremento de los riesgos que tienen que asumir los administradores para mantener e incrementar las tasas de rentabilidad en sus operaciones.

Considerar oportunamente los riesgos y los peligros en que puede caer una institución bancaria con motivo de sus operaciones y de la lucha en el mercado competitivo, es de vital importancia para una buena, sana y eficaz supervisión.

¿Qué debe entenderse por riesgo?, se entiende por riesgo, la posibilidad de sufrir un daño, el cual consiste en una pérdida de valor económico, esto es, riesgo económico-financiero, para que este elemento del daño no se produzca se hace necesario efectuar una gestión de riesgos⁹.

Asimismo, el autor Rafael de Pina¹⁰, indica que el riesgo es una amenaza de un accidente susceptible de causar a alguien un daño o perjuicio derivado de circunstancias que se pueden prever, pero no eludir.

Uno de los objetos de la gestión de riesgo y quizás el más importante es tratar de asegurar una relación eficiente entre estabilidad y riesgo, garantizando el nivel de riesgo asumido, el cual esté acorde con el objetivo de solvencia y con los límites definidos por los órganos rectores de la empresa.

Si los problemas bancarios suelen producirse en los países más desarrollados, casi sin avisar, cabe decir, entonces, que el conocimiento del riesgo viene a ser una cuestión fundamental en la supervisión bancaria.

La vigilancia e inspección no es una actividad mecánica, sino una función mental e intelectual, la que, por estar dirigida a

⁹ **Ibid**, Pág. 37.

¹⁰ De Pina, Rafael, **Diccionario de derecho**, Pág. 329.

un fenómeno social, tiene un desarrollo evolutivo, altamente dinámico.

Debido a que el riesgo, siempre esta latente e inherente en todas las operaciones de los bancos. La doctrina se ha esforzado por catalogar los riesgos en función del conjunto de operaciones que ejecuta un banco en cada situación dada.

En consecuencia, para cada operación del banco habrá un riesgo en especial que estos tienen que medir y administrar adecuadamente, conjuntamente con el supervisor para garantizar la operación en sí misma y fortalecer la posición de cada banco en particular.

Cuando en una institución bancaria no se analizan y se tratan adecuadamente los distintos riesgos que conlleva el negocio bancario, dicha desatención puede originar una crisis bancaria o financiera.

3.1 Los riesgos más importantes que debe atender una institución bancaria son:

3.1.1 Riesgo de crédito.

El concepto de operaciones activas va unido al concepto de préstamos, siendo esta la actividad primaria de los bancos. Por consiguiente, es importante que los bancos juzguen la capacidad de pago de sus clientes prestatarios en relación a la finalidad de los recursos que obtienen pero también en relación a las garantías que soportan el préstamo.

No siempre las situaciones permanecen invariables durante todo el transcurso de el tiempo que dura la obligación, bien por la conducta que asume el prestatario, bien porque sucedan hechos que están fuera de su voluntad.

Por eso en definitiva un cliente por muy bueno que parezca puede fallar dependiendo de las circunstancias que surjan en el correr del plazo de la obligación; la relación contractual del préstamo puede sufrir vicisitudes dependiendo de los hechos que se den en la realidad concreta.

Ante este evento es donde entra a funcionar el supervisor en el sentido de que el capital otorgado no se volatilice sin existir una cobertura adecuada del riesgo, o dicho de otro modo, en la medida en que se haya hecho buen uso del crédito, en el que se hayan cumplido los plazos de pago, en el que se haya empleado el crédito para los fines señalados, en el que se haya cumplido la pactación de intereses y en el que la garantía se mantenga adecuada las contingencias que puedan sobrevenir no afectaran la relación crediticia, al menos no en una forma dramática para el banco.

La anterior consideración toma en cuenta el que un crédito haya sido otorgado en condiciones generales o usuales, de acuerdo con la forma en que operaban los bancos regularmente y en donde la lucha competitiva no existía, por las condiciones propias de nuestra economía y por la forma en que regularmente se desarrollaban los bancos. Sin embargo, a causa del modernismo, hoy la apertura de nuevas corrientes que dan paso a un número más expansivos de operaciones y en donde no existe una normativa adecuada, los riesgos son mayores y se multiplican.

La actividad bancaria representa un negocio en el que el banquero toma el dinero que los depositantes le entregan y lo presta a otros, con el riesgo de que no le sea devuelto en el tiempo y condiciones pactadas, en detrimento de los depositantes y del propio banquero.

De acuerdo con la norma internacional de regulación y supervisión bancaria del Comité de Basilea, Suiza, es necesario que las instituciones bancarias mantengan adecuadamente clasificados y valuados sus activos crediticios, con el propósito de que la contabilidad y los estados financieros reflejen razonablemente la situación financiera; y, que las posibles pérdidas por la irrecuperabilidad de los préstamos que otorgan sean cubiertas, en primera instancia, por los accionistas de los bancos y no por los depositantes.

Así, las grandes exposiciones en un solo prestatario o en un grupo de prestatarios relacionados son causas comunes de problemas bancarios porque constituyen una concentración de riesgo de crédito.

Más adelante se concretiza sobre esta clase de riesgos. Se puede llegar a dar también grandes concentraciones con respecto a industrias particulares, a sectores económicos o incluso regiones geográficas o por tener grupos de préstamos con otras características que les hacen vulnerables a los mismos sectores económicos o incluso regiones geográficas o por tener grupos de préstamos con otras características que les hacen vulnerables a los mismos factores económicos, como lo son las transacciones altamente apalancadas.

Los prestamos relacionados constituyen un serio peligro si no son adecuadamente controlados; pueden acarrear problemas significativos si se considera que las determinación sobre la confiabilidad de los prestatarios no organizaciones, padres del banco, accionistas mayoritarios, ejecutivos. Las firmas también están relacionados cuando son controladas por la misma familia o grupo.

En estos casos o similares circunstancias, la relación puede llevar hacia tratamientos preferenciales de prestamos y de esa forma riesgos mas grandes de perdidas, la experiencia en nuestro medio nos ha llevado a considerar este tipo de riesgos y ha sido motivo de preocupación tanto más cuanto que no existe una legislación apropiada para controlar dicho préstamo relacionados o vinculados, pero que se dan en la practica. En otra parte de esta obra nos referimos con mas detenimiento a estas practicas riesgosas en las que el banco resulta ser un instrumento de los dueños, también tienen la propiedad accionaría.

Créditos que cumplen los requisitos legales, pero que en la realidad se concentran en pocas manos, corriendo grandes riesgos los bancos prestamistas. Estos no pueden sustraerse de tales pedidos porque son los mismos dueños los que deciden de acuerdo a sus propios intereses pasando sobre la asamblea general o sobre el directorio.

Este riesgo de crédito puede ser el más peligroso de los riesgos por el monto de los prestamos, por su dificultad en su control y porque la insolvencia de los prestatarios pueden provocar de la noche a la mañana serias dificultades que pongan al banco al borde de la crisis. Créditos en una persona jurídica

que puso en jaque a algunas instituciones bancarias por haber entrado en insolvencia no ya en iliquidez.

3.1.2 Riesgo de liquidez.

El riesgo de liquidez surge de la inhabilidad de un banco de acomodar las reducciones de sus pasivos o de respaldar incrementos en sus activos. Cuando un banco tiene una liquidez inadecuada, no obtiene suficientes fondos, ya sea incrementando sus pasivos o convirtiendo sus activos rápidamente, con un costo razonable, afectando su rentabilidad; en casos extremos, una liquidez insuficiente puede ocasionar la insolvencia de un banco.

Un banco debe tener en mente que sus operaciones de corto, mediano y largo plazo, particularmente las de corto plazo que sean congruentes con el stock de liquidez que normalmente debe tener para hacer frente a pagos o retiros. Este balance prudencial es importante para no interrumpir el flujo de sus operaciones, aunque claro esta, no podría resultar en una forma tan precisa porque siempre tendrá la opción de recurrir al descuento de documentos en la banca central o bien a las operaciones de reporto, negocio este, a nuestro juicio, muy discutible, pues el reporto es una figura bursátil.

El riesgo de liquidez surge, pues, de la inhabilidad del banquero de acomodar sus operaciones pasivas y activas o bien del riesgo innecesario y hasta imprudente de efectuar operaciones activas que no estén acorde con las pasivas o simplemente no prevenir los movimientos que pueden surgir en el pasivo.

La experiencia enseña que mientras más segura y líquida es una inversión, tanto menor es el beneficio del banco, y viceversa, que si un negocio no es del todo seguro y es restringida la liquidez, el provecho previsto es mayor, incluyéndose en este un premio por el riesgo.

La liquidez se obtiene coordinando las operaciones activas con las pasivas, especialmente por lo que toca al vencimiento y, por lo tanto, a la seguridad de la recuperación; es en este punto en donde coinciden la seguridad y la liquidez.

La operatividad en la práctica, podría no ser así de sencilla, en la realidad no lo es, pero el éxito de la misma depende de la experiencia, la habilidad, el conocimiento de muchas circunstancias teóricas, preparación y profesionalidad del banquero; por eso hemos averiguado que, teóricamente la liquidez perfecta no sería posible porque los bancos, especialmente los comerciales, reciben muchos depósitos a plazo fijo o reembolsables a la vista, mientras el crédito que hay que conceder implica siempre un plazo mas largo que vincula al banco hasta su expiración.

En la práctica, se considera líquida la situación bancaria que, aún sin llenar los requisitos teóricos de la liquidez, ofrece, sin embargo, la posibilidad de hacer frente siempre a los renglones del pasivo.

Asimismo, contribuyen a crear la liquidez, la posibilidad de liquidar inversiones antes del vencimiento mediante la cesión de los créditos, pero esta operación podría no ser la adecuada en un flujo de operaciones que pueden considerarse normales.

También puede el banco, aun conservando su situación líquida, invertir buena parte de sus disponibilidades en operaciones a vencimientos distintos, aunque cercanos de sus propios compromisos.

3.1.3 Riesgo operacional.

El riesgo operacional se refiere a la administración y a los controles internos del banco, una deficiente organización y un personal poco adiestrado o escaso en conocimientos pueden llevar a un riesgo a la institución. El riesgo operacional, se refiere a las circunstancias propiamente internas de la institución.

¿Tienen los bancos una estructura y organización adecuadas?; no todos los bancos tienen una organización uniforme, pues varían de banco dependiendo de su importancia.

El crecimiento del organismo bancario exige una organización más perfeccionada y mas complicada que no se necesita tratándose de un banco pequeño. De todas maneras aun los bancos pequeños necesitan de una organización lo mas perfeccionada posible porque basta que manejen dinero ajeno para exigir esta cualidad.

El control de las entidades bancarias es de suma importancia pues debe ser de tal manera que garantice el funcionamiento de la institución, en la forma en que universalmente puede ser concebida, habida cuenta de que las operaciones pasivas y activas en esencia son todas iguales, esto es, la función de intermediación.

Sin embargo, el compromiso no se agota solo en una organización eficiente sino tan de igual importancia en un personal

capacitado para la realización de operaciones técnicas del banco, la habilidad para detectar ciertas operaciones que ponen en riesgo al banco y ante todo con un personal que este totalmente enterado y compenetrado de la confidencialidad en el manejo de las operaciones.

En consecuencia, en la medida en que haya una buena organización, un personal eficiente y el equipo tecnológico adecuado, estaremos en presencia de una organización bancaria satisfactoria.

Una institución bancaria que no llene las exigencias mínimas para su eficaz funcionamiento la puede llevar a pérdidas financieras a través del error, fraude o fallas en su oportuno desempeño o provocar que los intereses del banco sean comprometidos de alguna manera, por ejemplo, por sus directores, funcionarios y otro personal, excediendo su autoridad o conduciendo negocios de una forma no ética o muy riesgosa; también el riesgo estaría presente si se incurren en fallas mayores de sistemas tecnológicos de información que a su vez generan operaciones distorsionadas en el sistema.

3.1.4 Riesgo legal.

Este riesgo es de vital importancia en la vida de un banco, en nuestro medio no se le ha dado la atención que merece. Todo banco esta sujeto al riesgo legal en la medida en que sus documentación o una buena contratación desde el punto de vista jurídico es una garantía para el banco frente a sus usuarios, creando una imagen de confiabilidad y de prestigio¹¹.

¹¹ Martínez Gálvez, **Ob. Cit.** Pág. 47.

El consejo legal oportuno en las operaciones que están pendientes de celebrarse, es de mucha importancia para los bancos, pues una vez consumados los actos no es posible revertirlos, tanto más si tales operaciones han dado lugar a otras, como sucede en el negocio bancario, esto en el orden interno. Pero muchos casos en lo que no se logra un acuerdo entre las partes en forma conciliatoria, por tal razón son llevados a juicio.

Los bancos deben tener cuidado y olfato en percibir los casos que puedan dar problemas legales de poco o mucho monto y esto solo se logra a través de una accesoria y legal competencia, de experiencia y conocedora del ámbito de las funciones bancarias en general, esto es, un perito en derecho bancario y por lo tanto conocedor de la legislación nacional y de las costumbres y practicas internacionales.

Una gestión interna eficiente y accesoria legal oportuna evitara dolores de cabeza que pueden poner en peligro a la propia institución y de hecho cometen ciertas, irregularidades que tienen repercusiones graves y que constituyen verdaderos riesgos.

Ante estas circunstancias, que se espera del supervisor; mucho de estos hechos llegan a conocimiento del supervisor cuando ya han sido consumados, por lo que, lo único que queda es el ordenar que se constituyan reservas especiales que garanticen la solvencia del banco.

El riesgo de crédito tiene mucho que ver con respecto al deudor del banco, en las distintas legislaciones se contemplan normas

que regulan la concesión de créditos, pero estas regulaciones no son suficientes; son normas muy generales y básicas para el otorgamiento de los mismos.

Entonces, ¿cómo minimizar el riesgo?; los bancos deben tener una constante revisión de los contratos de créditos, para asegurar al máximo el cumplimiento de las obligaciones del deudor; pero también en las cualidades y condiciones personales del deudor, esto es su historial, su comportamiento ético en relación a la sociedad, su capacidad de endeudamiento y de pago, la revisión periódica de sus estados financieros y de la garantía, permitir la visita de su empresa, la situación económica y el mercado a que se refiere sus productos.

En este sentido también es aplicable el concepto de, conozca a su cliente, un conocimiento que debe ser integral para saber con quien se esta contratando.

Otro aspecto que merece especial atención es el lavado de dinero proveniente de actos ilícitos de cualquier naturaleza, particularmente el narcotráfico y el secuestro, entre otros.

3.1.5 Riesgo de reputación.

La doctrina bancaria también hace referencia al riesgo de reputación que es el conjunto de otras irregularidades que afectan la vida de la institución.

El riesgo de reputación surge de fallas operacionales, fallas en cumplir con las leyes y regulaciones relevantes y otras fuentes; este riesgo esta íntimamente ligado al anterior, pues un banco que entra en relación con el lavado de dinero consciente o no,

ve perjudicado su imagen frente al público e incluso a nivel internacional.

El riesgo de reputación puede ser tan grave que puede llevar al banco a cerrar puertas, pues si el elemento esencial en el que descansan las operaciones de un banco, particularmente las pasivas, es la confiabilidad, faltando esta es difícil que el banco pueda sobrevivir.

Es cierto que, existen medios de publicidad para fortalecer la imagen ante la opinión pública, pero también lo es que si las fallas son de una naturaleza tal, que hayan sido plenamente comprobadas y del conocimiento de la misma opinión pública pueden perjudicar grandemente al banco.

El riesgo de reputación señala la doctrina es particularmente dañino para los bancos considerando que la naturaleza de su negocio requiere mantener la confianza de sus depositantes, acreedores y el mercado en general; en una economía de libre mercado las operaciones, particularmente la de los bancos, deben realizarse en una forma clara y transparente para que los usuarios sepan a ciencia cierta con quien están contratando; esta objetividad es inexcusable si se quiere realmente establecer una libre competencia y un mercado basado en estimaciones éticas, en donde pueda hacerse un sano uso de la libertad.

Desde el punto de vista contrario, el banco que no actúa cristalinamente corre en riesgo de no sobrevivir, pero no siendo esto lo deseado, el supervisor debe estar atento a estas circunstancias negativas cumpliendo y haciendo cumplir la ley en

cada caso concreto que se presente en razón de dichas irregularidades, cada una de las cuales tienen una sanción específica.

Si el banco llega a colocarse en situación muy gravosas que obliguen a la toma de decisiones drásticas, hay que hacerlo, no solo para preservar el orden jurídico que ya es mucho decir, sino la confiabilidad en el sistema bancario y en última instancia la protección del interés público.

Para evitar este riesgo es importante que el banco conozca a su cliente, este concepto es importante se aplica más en materia de ilicitud y se extiende al cliente del cliente. Por ello en el mercado bancario ya no se trata solo de, conozca a su cliente, también se aplica el de conozca al cliente de su cliente, por las ramificaciones que tienen las operaciones ilícitas mediante las cuales se mueven grandes capitales.

3.1.6 Riesgo por doble apalancamiento.

Este riesgo tiene que ver con los denominados grupos financieros que son susceptibles de poner en riesgo a veces graves a los bancos y que no siempre es posible detectarlo a simple vista o por lo menos tener una prueba fehaciente de su posible producción por las entidades en juego y por el tipo de operaciones que se realizan.

Así, puede producirse como consecuencias de las distintas operaciones ínter compañías que un mismo grupo financiero con una inadecuada capitalización o provisión para cobertura de perdidas; por ejemplo, dos bancos relacionados entre si, a través de un tercera empresa perteneciente al mismo grupo, puede

crear una situación en la cual no se puede detectar o identificar los riesgos, ya que mientras para un banco la empresa es deudora, para el otro dicha empresa es dueña de una parte de las acciones compradas con el crédito de aquel banco.

Tales operaciones impiden identificar la verdadera naturaleza del riesgo, ya que el riesgo crediticio del primer banco es de carácter relacionado y el capital del segundo banco, al producirse la consolidación de los estados financieros de las tres entidades, desaparecería en la proporción exacta de monto del crédito utilizado para la compra de acciones.

En caso contrario de no consolidarse las tres compañías, el segundo banco estaría asumiendo riesgos sin un respaldo patrimonial, ya que el capital que protege a ambos bancos es el mismo.

Dentro de los grupos relacionados incluyendo los bancos entre si, pueden darse, en la práctica, una gama de situaciones que aparentemente es difícil detectarlas, sino es mediante la consolidación contable.

El supervisor, por tanto, debe ser muy perspicaz y acucioso para determinar este tipo de operaciones que ponen en riesgo a los bancos, tanto más en un mundo complejo de operaciones financieras como el que se impone en ejercicio de la libre empresa.

3.1.7 Riesgo de expansión.

Este riesgo recién descubierto o poco conocido tiene que ver con el auge de la institución bancaria, derivando de sus

operaciones, pero que a la vez es incontrolable por que no ha sido debidamente planificado.

En efecto, este riesgo suele producirse cuando un banco tiene un crecimiento acelerado en sus operaciones sin una adecuada planificación del impacto que dicha situación produce tanto en el patrimonio y la rentabilidad, así como en su sistemas de control interno y de gestión, manejo y administración de riesgos en la capacidad de respuesta tecnológica, operativa y organizativa del banco.

En tal virtud, un banco con una conducta expansiva que conlleva a un crecimiento exagerado en sus operaciones, requiere mayores niveles de control, planeación, mayor dedicación de su consejo de administración, materia de control, planeación y vigilancia de sus operaciones.

De esto se infiere que un banco que tenga una expansión rápida no necesariamente tiene que ser visto con buenos ojos, puesto que si no tiene la infraestructura necesaria para hacerle frente a esa expansión puede perder su equilibrio con graves repercusiones para el mismo.

El supervisor en este caso debe estar vigilante para aconsejar o controlar al banco, sin perder de vista que dicha expansión puede ser aprovechable como un ingenio y habilidad del banco, en la prestación de servicios a la comunidad. Dicho de otro modo, la expansión por si misma, no es índice de alarma, si de antemano ha habido una planificación adecuada y técnica que permita hacerle frente a esa expansión.

La competencia debe tener como límite la prudencia, la sabiduría para no exponer a grandes riesgos los capitales confiados. El libre mercado propicia y establece las condiciones para el crecimiento la prosperidad, pero este afán no debe conducir a la exposición de riesgos que amenacen la existencia misma de las entidades bancarias.

Puede ser que en cualquier empresa mercantil la quiebra no deje huella alguna en la sociedad, pues al fin y al cabo la consecuencia de tal fenómeno abarca un número relativamente muy pequeño de afectados pero no sucede lo mismo en las entidades bancarias en las que el cierre patológico las consecuencias tienen un costo muy alto a nivel bancario y en la economía general del país que abarca, incluso, el ámbito internacional.

En resumen, las diferentes ocurrencias de riesgos no es limitativa, pues pueden darse tantas como posibles causas de daño se den, sin embargo, las descritas podrían ser las que más amenazan al sistema bancario.

Se menciona que en la medida, en que las operaciones de los bancos se vuelvan más complejas y expansivas se podrían sobrevenir nuevos riesgos susceptibles de causar daños a las entidades bancarias por lo que sería imposible establecer un número determinado de figuras de riesgo, pero tampoco sería aconsejable por la naturaleza de la operación bancaria.

La definición de factor riesgo, es una variable del negocio bancario o del entorno cuya variación se toma como base para explicar los posibles resultados económicos. Estas variaciones son muchas e indeterminadas.

De todo lo que se ha mencionado sobre el riesgo, el supervisor tiene una ingente e importante tarea de analizar las situaciones que son de riesgo para los bancos, sugerir la emisión de reglamentos para establecer sistemas de riesgos, sistemas de valuación de activos crediticios, de información mínima de deudores garantes del crédito, análisis amplio, incluso de evaluar la gestión de los bancos, con un solo propósito; prevenir los riesgos.

En efecto cabe decir que, por ejemplo, la valuación de los activos crediticios y del procedimiento para determinar, clasificar la recuperación dudosa que impone, entre otras, la obligación de los bancos de realizar un análisis de riesgo crediticio, debiendo mantener adecuadamente clasificando y valuados sus activos y construir las reservas necesarias realizando por lo menos dos veces al año, valuaciones generales cuyos resultados deberán quedar debidamente registrados contablemente.

Estas exigencias, consideradas mínimas que son una de tantas, se consideran imprescindibles para mantener un constante reflejo de la situación financiera de los bancos que garantice la seguridad y el equilibrio en las inversiones de los mismos, por lo tanto, la correlación entre las captaciones de capital y las colocaciones dentro de los márgenes razonables de una sana administración bancaria.

Un programa de modernización financiera también debe contar con los instrumentos jurídicos necesarios y eficaces a fin de que las operaciones de los bancos se realicen sin menoscabo del sentido de seguridad que entrañan dichas operaciones.

Precisamente, señalar los riesgos que se corren por no aplicar el orden jurídico o por no crear los dispositivos necesarios, es uno de los propósitos de la presente investigación.

Como se menciona en líneas anteriores, las crisis bancarias surgen por distintas causas, unas de orden interno, otras de orden externo y algunas que surgen por la falta de principios morales y éticos por parte de algunos banqueros.

3.2 Principales causas de crisis bancarias.

Si no se analizan y se previenen correctamente los riesgos en el negocio bancario, estos pueden convertirse en una causa latente y peligrosa que origine crisis en una institución bancaria.

Es importante, que además de contar con una gestión de riesgos, se conozcan que existen varias causas que originan problemas financieros a las instituciones bancarias, entre las cuales podemos mencionar:

a) El otorgamiento de créditos a personas jurídicas o individuales relacionadas o vinculadas al banco, siendo esta una de las principales razones por las cuales, la autoridad monetaria en el año dos mil uno, intervino administrativamente a tres instituciones bancarias, pues más del ochenta por ciento de su cartera crediticia correspondía a empresas vinculadas con accionistas; además, de otorgar créditos sin ningún respaldo, por lo que dicha cartera se considera irrecuperable, circunstancia que impide que las acciones legales prosperen y tengan éxito, no permitiendo la recuperación de las sumas adeudadas;

Por otro lado, al concentrar una parte excesiva de los recursos del banco en un número pequeño de prestatarios, en ciertos segmentos de la economía o en áreas geográficas dadas, va en contra del principio de la diversificación del riesgo, que es esencial para una banca sana.

Es cierto que la Ley, no prohíbe esta concentración, siempre y cuando se haga dentro de los márgenes legales, pero también lo es que servirse del crédito más allá de estos, no solo coloca en riesgos los capitales, sino hay un grado de inmoralidad puesto que el dinero ajeno, de los depositantes, solo sirve para beneficiar a un grupo en particular, en detrimento de la colectividad que también debe gozar de los beneficios de los depósitos.

No es, que al banco se le quite la facultad administrar en razón de la necesidad y de la productividad en general, por eso, uno de los deberes del banco central es el promover una distribución del crédito adecuada a los intereses generales de la economía del país.

La intervención del órgano superior se hace impostergable debe ser severo en atención a las circunstancias; el manejo de capitales a través de vinculaciones o concentraciones transfiere, por este mismo hecho, el control de dichos capitales o, mejor, la pérdida del control por el prestamista-bancario, debilitando su posición financiera.

La concentración puede provenir de la libre decisión de la administración del banco o de otorgamientos de crédito a empresas propias de la entidad, de los directores o de sus

accionistas. Estas vinculaciones de por si, representan un alto riesgo porque las concentraciones, si bien no todas, conducen a la insolvencia, como lo ha demostrado la mayoría de las quiebras bancarias.

Normas efectivas que definan y limiten claramente este tipo de operaciones, conjuntamente con una apropiada divulgación de la estructura accionaria del banco y de las operaciones que este realiza con sus accionistas, directores y gerentes, pueden servir para afrontar estos riesgos.

La experiencia de otros países demuestran la grave amenaza que las practicas de créditos e inversiones con entes relacionados representan para la estabilidad del sistema bancario.

Una reciente reforma a la Ley de Bancos en materia de limites de crédito estableció dos circunstancias permisibles, prohibiendo las que traspasaran los mismos; a diferencia de la Ley original que solo establecía los límites del veinte por ciento, explicable si se toma en cuenta que en la época de promulgación de dicha Ley, el límite indicado se suponía que era el razonable, en virtud de las exigencias de capital y reservas de capital que debía mantener el banco.

Con el tiempo de hecho este límite era fácilmente sobrepasado por lo que urgía que el mismo fuera amplio y además que hubiese certeza jurídica en cuanto a la inteligencia del término, otorgar créditos, esto es, los elementos que comprendía.

b) El otorgamiento de créditos más allá de los límites establecidos en la ley, pues la mayor parte de los créditos se otorgan sin garantía real, entregados a empresas sin actividad comercial, lo que impide que puedan ser intervenidas o que se puedan embargar alguna clase de bien.

Este es otro factor desencadenante de las crisis financieras, todo depende del alto grado en que se dé la deficiencia; todas las operaciones crediticias que realicen los bancos deben estar garantizadas conforme a las exigencias que cada ordenamiento jurídico bancario establece.

Podemos decir, que es un principio general de que todo préstamo debe estar adecuadamente asegurado con garantías; este término adecuadamente es el que utilizan las legislaciones al menos la nuestra.

La adecuación viene en razón de la clase de garantía sea esta hipotecaria o prendaria, así como del estado en que se encuentre la misma, todo sujeto a un cierto avalúo y a las disposiciones que para el efecto establezcan las Leyes correspondientes.

Pero en la práctica las garantías pueden no tener la misma solidez que inicialmente tenían cuando se otorgo el préstamo, por circunstancias ajenas al deudor o bien que éste la haya demeritado por hechos imputables a su persona, como podría ser su conservación.

En este caso la garantía se torna deficiente, en cuyo caso el supervisor deberá tomar las medidas pertinentes a fin de que la solvencia del banco se vea a salvo.

Con el objeto de que las garantías cumplan en todo tiempo su finalidad, los bancos deberán realizar un análisis de su riesgo crediticio, debiendo mantener adecuadamente clasificados y valuados sus activos y constituir las reservas necesarias, tal análisis deberá realizarse por lo menos dos veces al año.

Para el eficaz cumplimiento de estas exigencias el supervisor deberá hacer las revisiones oportunas cuando lo considere conveniente. No debe ser, por consiguiente, una facultad, sino una obligación.

No está demás explicar, que uno de los principios básicos para una supervisión bancaria efectiva, de acuerdo con el catálogo elaborado por el Grupo de Basilea, está el de evaluar la calidad de los activos.

Tanta importancia tiene este principio que muchas legislaciones lo han incorporado a su sistema; en nuestro medio guatemalteco, desde la Ley de Bancos de 1946, existía un precepto que ordenaba la constitución de reservas para el caso de que los activos fueran de dudosa recuperación.

Por lo tanto, aquel principio de Basilea, es de vieja prosapia y constituye un puntal dentro del sistema bancario.

Los activos crediticios con su valor correspondiente deben estar reflejados en la contabilidad de los bancos, deben reflejar, por ende, la verdadera situación financiera de los mismos, de tal manera que a través de ello cualquiera puede enterarse de su solvencia y más de su solidez financiera.

Por eso en un sistema de libre mercado es inexcusable que los bancos sean veraces, transparentes y honestos en su estado contable y financiero, pues de ello depende su clara posición en el mercado y su éxito en una libre competencia.

También de ello depende que los usuarios, clientes y el público deposite su confianza, con la seguridad de que los estados contables reflejen una realidad comprobada; en este sentido el supervisor tiene mucha responsabilidad.

Los bancos fortalecidos en sus activos crediticios y reflejados en su contabilidad, es una muestra inequívoca de su solvencia y solidez patrimonial, que dentro de una libre competencia constituye una garantía de seguridad, a contrario sensu, el banco que no lleve una buena administración de los capitales y sean así reflejados en su contabilidad sin maniobras cosméticas correrá el riesgo de cerrar sus puertas, y;

c) Es importante mencionar, que las causas anteriormente indicadas, ocasionan además de otras consecuencia, una insana cartera por cobrar.

No es suficiente que hayan activos crediticios que respalden los préstamos otorgados, es necesario, además, que haya una diligencia en el cobro de las obligaciones no cumplidas exactamente a su tenor, según los contratos celebrados.

Las legislaciones bancarias en general registran procedimientos judiciales específicos que salen de lo común para garantizar y acelerar el cobro judicial; claro esta, que antes de pasar a la fase judicial, está la extrajudicial caracterizada por un cobro

ágil, oportuno y eficaz, es necesario hacer constar, que una buena política bancaria no es la de entablar de primas a primeras cobros judiciales, sino solo en los casos en que se haya agotado la vía extrajudicial, porque, también, desde otro punto de vista, al banco no le interesa poseer activos extraordinarios ya que no es este su negocio ni mucho menos su finalidad, el contenido de sus obligaciones son dinerarias.

Un banco nace para ser intermediario del crédito, esta es su función primordial, no para recibir bienes en pago; sin embargo, independientemente del cobro en sí, lo que importa resaltar es que un factor detonante de la crisis también puede sobrevenir por falta de cobro de las obligaciones.

No se refiere a un cobro aislado o espontáneo, sino a aquellas obligaciones ya vencidas que en conjunto pueden formar una crisis financiera. El no pago de las obligaciones es tanto como decir el no retorno del capital otorgado en préstamo, capital que no pertenece al banco sino a sus depositantes.

El no pago significa un desequilibrio entre el pasivo y el activo que ya se ha dado en la vida real del banco, que lo puede arrastrar a la crisis, porque el banco correlativamente con los recursos que invierte debe pagar los intereses a sus clientes, pero también debe velar porque el crédito se distribuya en forma de productividad y no permanezca en una situación de impago.

Uno de los principios básicos de Basilea es, precisamente el reembolso de los fondos otorgados; teóricamente los bancos no debieran recurrir a los cobros judiciales, puesto que los usuarios al momento de solicitar un crédito muestran y

comprueban su estado patrimonial y las expectativas de producción proveniente del crédito que solicitan, no obstante, en la realidad no es así¹².

Los créditos en el transcurso del tiempo pueden sufrir vicisitudes involuntarias o incontrolables para los prestatarios, incluso por motivos de causa mayor o caso fortuito que hacen imposible su cumplimiento, en cuyo caso la renovación del crédito o su prorroga se concede por razones de justicia.

Cuentas incobrables (distinto a la cuenta no cobradas) en el ámbito bancario no deben darse por la razón de que los bancos antes de otorgar un crédito deben cerciorarse razonablemente de que los prestatarios están en posibilidad de cumplir con los créditos que se otorgaran, con lo cual uno de los elementos importantes, entre otros, es la capacidad de pago y las referencias de los clientes.

El banco debe cumplir con sus propias resoluciones en donde se estipulan las condiciones bajo las cuales se otorga el préstamo, una de ella es la fecha de vencimiento y de pago de los créditos concedidos.

Por consiguiente, el banco mismo debe ser celoso en el cumplimiento de sus propias resoluciones, pero sino, lo hace otro órgano instituido para velar por el cumplimiento de las normas internas que rigen los bancos, de lo contrario la supervisión quedaría mal.

¹² **Ibid**, Pág. 75.

Es cierto, que en cada banco existe una auditoria interna encargada de velar porque los activos del banco sean recuperados, pero si esto no se atiende es el supervisor quien debe hacer cumplir las normas internas, pues de otro modo no se lograrán aquellos dos postulados de solvencia y solidez. El órgano encargado de la vigilancia e inspección no puede legalmente pasar por alto esta, la responsabilidad del cobro oportuno de la cartera es condición esencial de una saludable administración financiera una protección adecuada de los intereses de los depositantes y acreedores en general del banco.

En el catálogo de como prevenir las crisis, esta la observancia de los comportamientos de las instituciones bancarias en la operatividad de sus funciones como intermediarias del crédito, en la administración de los capitales y en la gestión propiamente administrativa.

Si se quisiera englobar toda las hipótesis que pudieran ocurrir, diríamos que todo esta concentrado en la calidad de la gestión, pero quizás podría ser ambiguo por lo que pormenorizar o detallar otras causas de la crisis es conveniente.

Un banco que va más allá o que se extralimita en sus operaciones activas por inversiones a mediano o largo plazo, por inversiones riesgosas en donde el deudor no puede cumplir puntualmente, puede verse en un momento dado frente a una crisis que pudiera traducirse en una cesación de pagos con los efectos de una intervención por parte del supervisor.

En semejante situación, solo queda adoptar las medidas que indica el orden jurídico bancario, pero que, dada la gravedad

del asunto, se entremezclan cuestiones de orden político, por lo que la autoridad monetaria sopesando todos los factores, debe tomar o no, la decisión de intervenir a la institución bancaria deficiente.

De hecho en la vida del sistema bancario guatemalteco, se han dado los supuestos que generan la consecuencia de la intervención y esta ha sido verdaderamente necesaria e inaplazable, pero aspectos de orden político han prevalecido más que el orden técnico bancario e incluso la protección del interés público.

En tal virtud, además de las causas de crisis bancarias y financieras que hemos mencionado, existen otras, las que consideramos de gran importancia, pues se manifiestan con cierta regularidad en nuestro sistema bancario, dentro de estas causas podemos mencionar:

- Una mala administración en los bancos, tanto en los mandos de alta decisión, como en los medios;
- Concentración de créditos en pocas personas;
- Otorgamiento en créditos en personas jurídicas o individuales relacionadas o vinculadas al banco;
- Otorgar créditos más allá de los límites establecidos en la ley;
- Activos crediticios deficientes;
- Una insana cartera por cobrar;
- Inversiones poco rentables o inseguras;
- Operaciones anómalas para evadir la ley, en provecho propio;
- Otras resultantes de una mala gestión;
- Políticas monetarias que distorsionan la operatividad de los

bancos, si bien esta causa esta causa es ajena propiamente al banco;

- Retiro de fondos de los inversionistas como consecuencia de operaciones inadecuadas del banco o por inestabilidad política o monetaria.

Conviene conocer cada una de ellas, pues en la medida que sean estudiadas, aunque no en su total magnitud, se verá fortalecido ya no sólo el sistema bancario, sino la función de supervisión, de gran importancia en una corriente de libre mercado.

Todas estas circunstancias o alguna de ellas, hacen que el banco se vaya orillando al despeñadero llegando a afectar los medios de pago, esto es, los compromisos que se tienen frente a los acreedores o depositantes.

En una corriente de libre mercado como la que predomina en los momentos actuales, la solución podría ser sencilla, el banco que no puede sobrevivir en el mercado, tiene que salirse del mismo, sino ha sido lo suficientemente capaz para mantenerse en la libre competencia tiene necesariamente que sucumbir, por lo que en tal evento le quedarían dos opciones, o se liquida o se fusiona con otra entidad bancaria, pero en la realidad no es así de sencillo.

CAPÍTULO IV

4. La quiebra bancaria.

4.1 Consideraciones generales.

Es importante recordar que en Guatemala, la vida de las instituciones bancarias no siempre se desenvuelve dentro de los cauces normales, en su desarrollo pueden ocurrir circunstancias que las van afectando, bien sean de orden interno, bien de orden externo; dentro del primero puede suceder que haya una administración defectuosa, una dirección poco profesional, una organización interna ineficaz, sistemas deficientes de control y planes de operación con altos riesgos de contingencia.

En cuanto al orden externo, podemos mencionar la estabilidad del país, las políticas macroeconómicas poco estables o no realistas e igualmente las políticas monetarias, así también podemos mencionar factores de índole internacional que necesariamente influyen en los sistemas internos.

Las instituciones bancarias, muchas veces por la lucha de mantenerse en un lugar destacado en el mercado financiero, dejan a un lado la prudencia en el actuar, particularmente en aquellas instituciones manejadas por banqueros inexpertos o banqueros que no lo son de profesión, que además desconocen esta actividad profesional.

La función bancaria, así como la financiera, no es un negocio que pueda dejarse en manos de cualquier persona como cualquier otro negocio, antes bien, es un negocio que requiere no solo del estudio adecuado de la disciplina, sino experiencia, pero sobre todo, principios morales y éticos bien sólidos.

En las crisis bancarias, se mencionó un elemento poco tratado por los estudiosos de estos fenómenos, siendo este, el de la moralidad.

En tal sentido, se considera que no es posible ni conveniente, regular en detalle todas las actividades humanas, sería tanto como asfixiar la libertad, por lo tanto el propio mercado, hay una gran franja en la que se diseñan marcos jurídicos institucionales, en donde posiblemente algunas disposiciones normativas carezcan de sanción, pero esto es porque el derecho confía en la moralidad del banquero así como de todos los operadores financieros.

El negocio bancario como parte del negocio mercantil, esta sustentado sobre los pilares de la buena fe y la ética, este último, como valor fundante de todas las relaciones, incluyendo la bancaria y la financiera.

Por tal razón, es interesante conocer cuándo empieza a generarse una crisis; quizá no se sepa a ciencia cierta, pero pensamos que las mismas empiezan a originarse cuando hay un incumplimiento de la ley que no permita restaurar el equilibrio, bien porque la ley no es eficaz, bien porque la ley no se aplica a su tenor literal o en forma oportuna.

Ciertamente algunos expertos señalan que las crisis son inevitables, pero lo que si podemos hacer, es reducir sus efectos.

Creemos sin embargo que dentro de este mosaico de factores, la presencia del derecho como instrumento de técnica social para

conservar el orden, la seguridad y la confiabilidad, es un punto sobresaliente en todo este fenómeno.

Frecuentes fracasos bancarios ocurren en gran medida debido a malas decisiones de los banqueros las cuales, pueden ser comprendidas a posteriori, pero más importante aún, pueden ser predecibles y por consiguiente prevenidas, mediante una supervisión y una regulación bancaria competente¹³.

Se ha determinado en el ámbito internacional, que las crisis se han originado por operaciones irregulares, imprudentes, riesgosas, en las cuales no ha sido aplicado oportunamente y con severidad el orden jurídico tanto prudencial como correctivo, y en el peor de los casos, en donde no ha existido la herramienta adecuada como ha ocurrido en nuestro país.

Precisamente, señalar los riesgos que se corren por no aplicar el orden jurídico o por no crear los dispositivos necesarios, es uno de los propósitos de la presente investigación.

Como se indico en líneas anteriores, las crisis bancarias surgen por distintas causas, unas de orden interno, otras de orden externo y algunas que surgen por la falta de principios morales y éticos por parte de algunos banqueros.

La crisis aún cuando afecte a un solo banco, puede ocasionar un efecto sistemático dependiendo de la magnitud del banco, pero también dependiendo de que tan grande sea el grupo vinculado o relacionado.

¹³ Gálvez, José Estuardo, Contexto macroeconómico de las crisis bancarias, **revista técnica mensual, visión financiera**, no. 76 año VII (marzo 2000).

Razón por la cual, en Guatemala, las autoridades monetarias mantienen la teoría, de que el fin justifica los medios, ya que el Banco de Guatemala como es de noticia pública, previendo una posible corrida bancaria, no titubeó al momento de entregar en concepto de préstamo de rescate, varios millones de quetzales a tres instituciones bancarias que en el año dos mil uno, fueron intervenidas administrativamente, siendo estas instituciones, los bancos (Metropolitano, Empresarial y Promotor), préstamo que ocasionó una deuda multimillonaria, la cual será pagada por todos los guatemaltecos durante los próximos veinte años, con inflación, altas tasas de interés y con más impuestos, afirman autoridades monetarias.

El costo del hecho heroico, es decir impedir una corrida bancaria sino se capitalizaban estas instituciones enfermas, es inmenso, como ciudadanos nos preguntamos, si deberíamos todos los guatemaltecos con nuestros impuestos soportar las deficiencias de las entidades bancarias y salir al rescate de las mismas, que aparte de premiar y fomentar esa ineficiencia significa también elevar los índices inflacionarios.

La pregunta es, si ante tal problemática, puede el poder político cruzarse de brazos, sin intervenir, sabiendo que se rompe el bienestar social y que el problema se desborda de lo normal, creando un desequilibrio ya no solo de carácter social, sino también económico que engloba aspectos de índole político nacional.

En ese sentido, nuestras leyes financieras han sufrido una serie de reformas, que buscan el contar con una normativa moderna que permita el adecuado cumplimiento de la función constitucional

que se le ha asignado a la Superintendencia de Bancos, igualmente, se hace necesario que se legisle un marco jurídico adecuado, que dote al órgano supervisor, entre otros aspectos, de la capacidad para desarrollar su labor de vigilancia e inspección de manera preventiva, así como de facultades sancionatorias.

En tal virtud, resulta necesario analizar el procedimiento administrativo previo, seguido por la Superintendencia de Bancos, para obtener la declaratoria del estado de quiebra de una institución bancaria, regulado actualmente en nuestra Ley de bancos y grupos financieros, pues derivado de las reformas que se realizaron a nuestras leyes financieras, dicho procedimiento sufrió varias modificaciones, por lo que comenzamos el análisis de la siguiente manera:

4.2 Análisis jurídico del procedimiento administrativo previo, seguido por la Superintendencia de Bancos, para obtener la declaratoria del estado de quiebra de una institución bancaria:

4.2.1 Plan de regularización.

El procedimiento previo para lograr la declaratoria de quiebra de una institución bancaria, da inicio cuando dichas instituciones, presentan deficiencia patrimonial, o sea cuando el patrimonio computable sea menor al patrimonio requerido, deficiencia que se deberá informar inmediatamente a la Superintendencia de Bancos; de no hacerlo así, se aplicarán las sanciones previstas en la Ley de bancos y grupos financieros, sin perjuicio de utilizar otras disposiciones legales que correspondan.

Asimismo, dentro del plazo de cinco días siguientes a la fecha de presentado el informe, la institución bancaria de que se trate, deberá presentar a la Superintendencia de Bancos para su aprobación, el respectivo plan de regularización.

La Superintendencia de Bancos, en el plazo de cinco días siguientes a la fecha de presentación del plan de regularización por parte del banco o la sociedad financiera, lo aprobará o lo rechazará por considerarlo no viable, formulándole las enmiendas que estime pertinentes.

De ser rechazado el plan o requerir enmiendas, el banco o la sociedad financiera, deberá presentar el plan corregido dentro del plazo de los cinco días siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Bancos se lo notifique.

La Superintendencia de Bancos, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de haber recibido el plan corregido, lo aprobará o lo rechazará; en este último caso por considerarlo no viable; en caso de rechazo del plan corregido o si la entidad de que se trate, no lo presenta en los plazos establecidos, se procederá a la aplicación de las demás medidas establecidas en la Ley de bancos y grupos financieros.

El banco o la sociedad financiera, deberá ejecutar el plan de regularización aprobado por la Superintendencia de Bancos, dentro del plazo fijado por ésta, el cual no podrá exceder de tres meses contados a partir de la fecha de aprobación. Las medidas adoptadas deberán mantenerse en tanto no se subsane la deficiencia patrimonial.

Cuando una entidad esté sometida a un plan de regularización, no podrá pagar dividendos, ni otorgar préstamos a sus accionistas, gerente general o empresas vinculadas o relacionadas a ésta.

El plan de regulación deberá contener como mínimo alguna o todas las medidas siguientes, según sea el caso:

- a) La reducción de activos, contingencias o la suspensión de operaciones sujetas a requerimiento patrimonial;
- b) La capitalización de reservas o utilidades necesarias para cubrir las deficiencias patrimoniales;
- c) El aumento del capital autorizado y la emisión de acciones en el monto necesario para cubrir las deficiencias patrimoniales;
- d) La enajenación o negociación de activos o pasivos.

La Superintendencia de Bancos, mantendrá informada a la Junta Monetaria, sobre los bancos y las sociedades financieras que presenten deficiencia patrimonial.

Los bancos y las sociedades financieras que estén sujetos a regularización por deficiencia patrimonial, deberán rendir informe a la Superintendencia de Bancos sobre su posición patrimonial, con la periodicidad que ésta última determine.

Asimismo, los bancos también estarán obligados a presentar planes de regularización con los plazos y características mencionadas, cuando la Superintendencia de Bancos detecte lo siguiente:

- a) Incumplimiento de manera reiterada por las disposiciones legales;
- b) Deficiencia de encaje legal por dos meses consecutivos o bien por tres meses distintos durante un período de un año;

c) Existencia de practicas de gestión que a juicio de la Superintendencia de Bancos, pongan en grave peligro su situación de liquidez y solvencia y;

d) Presentación de información financiera que a juicio de la Superintendencia de Bancos no sea verdadera o que la documentación sea falsa.

En los casos en que el banco esté obligado a presentar el plan de regularización, la Superintendencia de Bancos podrá designar, durante el período de la regularización, a un delegado con derecho a veto en las decisiones que adopte el banco encaminadas a impedir la realización del plan de regularización, lo anterior no significa que ejerza funciones de co-administración.

Durante la vigencia de la regularización, la Superintendencia de Bancos, podrá remover o prohibir el ejercicio de uno o más de los directores o administradores. En todo caso, el cumplimiento o incumplimiento del plan de regularización, es responsabilidad de la administración de la entidad.

4.2.2 Suspensión de operaciones.

Sobre este particular, la Ley de bancos y grupos financieros, en su título IX, regula entre otros aspectos, lo atinente a la suspensión de operaciones de una institución bancaria, procedimiento que está concebido en etapas bien definidas y concatenadas que concluyen en la suspensión definitiva de operaciones del banco de que se trate y su liquidación judicial.

En este contexto, el artículo número setenta y cinco (75) de la mencionada ley, establece que la Junta Monetaria, debe suspender de inmediato las operaciones de un banco o de una sociedad

financiera, entre otros motivos, cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones y cuando la deficiencia patrimonial sea superior al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio requerido conforme la ley.

Asimismo, la Junta Monetaria, podrá decidir la suspensión de operaciones de la entidad de que se trate, por la falta de presentación del plan de regularización, o del rechazo definitivo del mismo por parte de la Superintendencia de Bancos.

Mientras dure el régimen de suspensión, todo proceso de cualquier naturaleza o medida cautelar que se promueva contra el banco o sociedad financiera de que se trate, quedará en suspenso.

4.2.3 Junta de exclusión de activos y pasivos.

En relación a esta Junta, la Ley de bancos y grupos financieros, en su artículo número setenta y ocho (78), preceptúa que la Junta Monetaria, a propuesta a la Superintendencia de Bancos, a más tardar al día siguiente de dispuesta la suspensión de operaciones, deberá nombrar una Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, que tendrá las atribuciones establecidas en el artículo número setenta y nueve de la ley antes mencionada, Junta que estará conformada por tres miembros quienes estarán relevados como cuerpo colegiado o individualmente considerados.

Dicha Junta adoptará sus decisiones por mayoría de votos, dejando constancia de sus actuaciones en acta.

Antes de conocer las funciones que tiene la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, conviene conocer algunos conceptos importantes relacionados con la misma, conceptos que se encuentran desarrollados en el reglamento con que cuenta la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, el cual es emitido por la Junta Monetaria.

Cuando nos referimos a exclusión de activos, debemos entender, que es la selección y traslado de activos que la Junta de Exclusión realiza de la entidad sujeta al régimen de suspensión de operaciones, al fideicomiso administrado por la entidad elegida por la Superintendencia de Bancos.

En cambio, cuando hablamos de exclusión de pasivos, nos referimos, a la selección que la Junta de Exclusión realiza de los depósitos y pasivos laborales de la entidad sujeta al régimen de suspensión de operaciones, para ser trasladados a otra u otras entidades bancarias. Es importante mencionar, que acá nos encontramos con la figura legal del fideicomiso, entendiendo éste, como el contrato por medio del cual, se transmiten a una entidad bancaria, todos los activos antes descritos para su respectivo resguardo y custodia.

Asimismo, el reglamento de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, regula también, lo referente a los integrantes de dicha Junta, los cuales deberán ser mayores de treinta años, tener experiencia bancaria y dos de ellos ser profesionales de las ciencias económicas y un abogado y notario, uno de los cuales actuará como coordinador por designación de la Junta Monetaria.

Con el propósito de garantizar el debido cumplimiento de las funciones que la Ley asigna a la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, no podrán ser miembros de ésta, las personas que se encuentren en una o más de las situaciones siguientes:

- a) Los inhabilitados legalmente;
- b) Los que sean deudores reconocidamente morosos;
- c) Los que hubieran sido condenados por delitos que implique falta de probidad;
- d) Los que hubieran sido condenados por hechos ilícitos relacionados con lavado o malversación de fondos;
- e) Los que tengan o hubieren tenido relación laboral con la entidad sujeta al régimen de suspensión de operaciones, con los principales accionistas o miembros del consejo de administración;
- f) Los accionistas o miembros del consejo de administración de la entidad de que se trate.

Los miembros de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, tienen todas las facultades legales para actuar judicial y extrajudicialmente, dentro del ámbito de las atribuciones que le señala la Ley.

Tendrán además, las facultades que se requieran para ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean del giro de sus atribuciones.

La Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, dependerá funcionalmente del Superintendente de Bancos y dará cuenta de sus actuaciones a la Junta Monetaria, por medio de la Superintendencia de Bancos.

La Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, estará facultada para adoptar la aplicación de una o todas, sin orden determinado, de las medidas siguientes:

- a) Determinar las pérdidas y cancelarlas con cargo a las reservas legales y otras reservas en su caso, con cargo a la cuenta de capital;
- b) Disponer la exclusión de los activos en el balance de la entidad suspendida;
- c) Transferir los pasivos indicados en los incisos anteriores a otro u otros bancos, quienes recibirán como contrapartida un monto equivalente a tales pasivos en certificados de participación;
- d) Excluir del pasivo, los depósitos hasta por el monto cubierto por el fondo para la protección del ahorro y los pasivos laborales;

En cuanto a esta última función de la Junta de Exclusión, es muy importante destacar, que debido a la crisis bancaria que se sufrió en nuestro país en años anteriores, se planteó la necesidad de emitir una Ley que protegiera a los ahorrantes, no solo por razones de justicia, sino, con el propósito de evitar un malestar social y político.

4.2.4 Fondo para la protección del ahorro bancario.

Durante la vigencia del Decreto número cinco guión noventa y nueve (5-99) del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la protección del ahorro, Decreto que actualmente se encuentra derogado, se inició ha regular sobre la protección del ahorro, asimismo, podemos mencionar que estas leyes protectoras del ahorro, no son algo nuevo, pues en varios países ya cuentan con

esta clase de normativa, pudiendo mencionar por ejemplo a Venezuela, país en el cual existe el fondo de garantía de depósitos y protección bancaria, más conocido como "FOGADE".

En este sentido, actualmente se cuenta con una Ley de bancos y grupos financieros moderna, la cual en su título X, incluye la creación de un fondo para la protección del ahorro, el cual tiene como objeto principal, el garantizar al ahorrante, o sea al usuario del sistema bancario, la recuperación de sus depósitos, hasta por un monto de veinte mil quetzales por cada cuenta a nombre de una persona individual o jurídica.

De esta manera, al analizar el procedimiento de pago por parte de este fondo, se determinó, que el Banco de Guatemala, en su calidad de administrador de los recursos del fondo para la protección del ahorro, procederá a realizar los desembolsos que sean necesarios para hacer efectivo la cobertura de los depósitos a que se refiere el presente título a requerimiento de la Junta de exclusión de activos y pasivos, en los términos que ésta le indique.

Cabe mencionar, que para obtener los fines deseados de seguridad, tranquilidad y confianza, un fondo para la protección del ahorro, no debe ser limitado a una cierta cantidad de dinero, sino debe cubrir el cien por ciento de los depósitos, si es que se quiere preservar el derecho de los depositantes y la confianza en el sistema bancario, pues solo así, se evitará el riesgo de un efecto sistémico en el que se produzca una corrida de depósitos en todos los bancos buscando seguridad y tranquilidad en otros países.

Si se contara con esta clase de leyes financieras, al público no le importaría que los bancos quebrasen, porque sabrían que su dinero está a salvo y, desde luego, esto produciría un bienestar general y la economía seguiría su curso normal.

Hay que tomar en cuenta, que una Ley que garantice la totalidad de los depósitos, debe tener como base subyacente la credibilidad de que efectivamente se cubrirá, sin ningún trámite dicha totalidad.

En México por ejemplo, existe una Ley que garantiza la totalidad de los depósitos por razón de intervención y cierre de un banco, como también en los Estados Unidos de América, de manera que las intervenciones que son un procedimiento rápido y que se ejecutan en un fin de semana, al público no le sorprende que al día siguiente se le anuncie que sus depósitos estén en otro banco y que puedan operar o girar con la misma chequera.

En tal virtud, se considera que una de las fases más importantes para la recuperación del dinero de los ahorrantes, es saber con exactitud cuando se hace efectivo dicho pago, pues como se indicó, es necesario que una Junta de exclusión de activos y pasivos, lo solicite al Banco de Guatemala, quien es el administrador de dicho fondo.

Continuando con el análisis de la figura legal de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, es importante mencionar, que la misma fue aplicada y utilizada por primera vez en nuestro sistema bancario, en tres instituciones bancarias (Promotor, Empresarial y Metropolitano), que desde el año dos mil uno, y como es de todos conocido por ser noticia pública, no han podido

ser liquidadas en su totalidad, figura legal que busca en su aplicación demostrar que este nuevo procedimiento, si es un camino legal más rápido y expedito para el saneamiento del sistema bancario nacional.

4.2.5 Suspensión definitiva.

La Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, dentro de los cinco días de concluida la transferencia de activos y pasivos, rendirá informe por escrito a la Junta Monetaria sobre el resultado de su gestión para que ésta resuelva la suspensión definitiva de operaciones de la institución bancaria correspondiente.

En igual plazo, la Junta Monetaria, a petición de la Superintendencia de Bancos, deberá revocar la autorización para operar de la entidad que se trate.

4.2.6 Solicitud para la declaratoria del estado de quiebra de una institución bancaria.

La Junta Monetaria, dentro del plazo de quince (15) días de recibido el informe de la suspensión definitiva, instruirá a la Superintendencia de Bancos, para que solicite a un Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil, la declaratoria de quiebra de la entidad de que se trate.

El juzgado que conozca de tal solicitud deberá resolver la declaratoria de quiebra, en un plazo de cinco (5) días, contados a partir del día en que se recibe dicha solicitud.

Ahora bien, respecto a la tramitación propiamente dicha de la quiebra de una institución bancaria, debe estarse, en lo

aplicable, a lo que preceptúa el código procesal civil y mercantil, toda vez que el mismo contiene las normas adjetivas para este tipo de ejecuciones colectivas; claro está, tomando en consideración las particularidades de la entidad fallida.

Cabe mencionar, que el procedimiento para obtener la quiebra y posterior liquidación de una entidad bancaria, el cual se acaba de analizar, se encuentra contenido en nuestra actual Ley de bancos y grupos financieros, el cual se considera que es un procedimiento preventivo, si se compara con el anterior procedimiento, el cual se encontraba regulado en el Decreto número cinco guión noventa y nueve, Ley para la protección del ahorro, el cual proponía la inmediata intervención administrativa.

En este sentido, resulta más conveniente contar con una legislación financiera moderna, pero sobre todo preventiva, pues es de suma importancia que a la par de las nuevas corrientes financieras, se emita un sistema normativo de prevención, que elimine aquellas leyes represivas que lo único que buscan es restaurar una situación patológica existente en nuestro sistema bancario.

Luego del análisis jurídico del procedimiento legal previo para obtener la quiebra de una entidad bancaria, conviene asimismo, realizar un análisis doctrinario de tan importante institución jurídica como lo es la quiebra.

4.3 La Quiebra.

Luego de concluir con todo el procedimiento previo a la solicitud de la declaratoria del estado de quiebra de una entidad bancaria, es necesario analizar detenidamente esta institución legal.

4.3.1 Concepto de quiebra.

Se entiende por quiebra, aquel proceso de ejecución general que tiene por objeto repartir el patrimonio de un deudor entre sus diversos acreedores¹⁴.

Asimismo, el autor Rafael de Pina nos indica que, la quiebra es el estado jurídico de un comerciante, declarado judicialmente, como consecuencia del incumplimiento en el pago de sus obligaciones profesionales, que produce la limitación de sus facultades relativas a la administración y disposición de sus bienes¹⁵.

La quiebra es, en primer lugar, un proceso, basta para defender esta tesis con la observación elemental de que toda quiebra interviene un órgano jurisdiccional que actúa en cuanto tal.

La quiebra no pertenece al derecho público sino, en cuanto es una figura de derecho procesal, no es por supuesto, una institución de derecho político; pero tan poco de derecho administrativo. No se trata en la quiebra de que autoridades públicas intervengan en economías claudicantes haciéndolas desaparecer del tráfico jurídico en interés de la sanidad económica de la colectividad.

¹⁴ Guasp, Jaime, **Derecho procesal civil**, Pág. 318.

¹⁵ De Pina, **Ob. Cit.** Pág. 313.

Esta podría ser una concepción lógica explicable, aunque prácticamente inadmisible de la quiebra, pero no es la que responde al sistema de nuestro derecho positivo. La autoridad pública que interviene en una quiebra no lo hace con la finalidad de velar por un bien común de la sobrevivencia de las economías fuertes, sino que lo hace para dar satisfacción a reclamaciones de particulares con vistas a repartir de un modo justo y seguro el patrimonio de un deudor entre sus diferentes acreedores.

La quiebra es pues, un proceso, pero un proceso de ejecución y no un proceso cognición, ya que, igual que ocurre en el concurso de acreedores, en la quiebra tiende a obtenerse no una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, sino una manifestación de voluntad es decir una operación física, cuya determinación se verá más adelante.

Existen, indudablemente, declaraciones de voluntad dentro del proceso de quiebra, como más adelante aparece aquella declaración de voluntad en que el órgano jurisdiccional declara al deudor en quiebra.

La misión del juez en la quiebra, no es declararla de tal modo que, una vez declarada la quiebra, se consiga un resultado procesal que pueda, ni siquiera eventualmente, satisfacer a ninguna de las partes; la misión del juez en la quiebra es repartir el patrimonio de un deudor entre sus diversos acreedores; el que, para llegar a ese reparto tengan antes que emitir declaraciones de cierto carácter, no atenúan en nada la verdadera índole ejecutiva, en el sentido de ejecución auténtica que toda quiebra tiene.

La conducta física que realiza el juez en el proceso de quiebra, no son los efectos de una ejecución ordinaria, es decir, de una ejecución expropiativa, que persigue la simple entrega de una cantidad de dinero.

Se trata de una ejecución extraordinaria es decir, una ejecución en la que la entrega de la cantidad de dinero es de tal modo organizada y compleja que rebasa el modo normal de la ejecución expropiativa ya conocida.

Lo que revela el examen de la finalidad de la quiebra es, precisamente que en ella se satisface a los ejecutantes, cuando el órgano jurisdiccional procede hacer, no ya la simple entrega de cantidades de dinero, sino el reparto de todo un patrimonio en una pluralidad, mejor podría decirse una totalidad de acreedores.

Es importante mencionar, que el concepto de quiebra que se esta analizando, es el concepto de quiebra civil, o sea la quiebra de un comerciante común, haciendo constar que el concepto de quiebra bancaria como tal, no existe o hay muy poca o casi ninguna bibliografía nacional que trate sobre este tema tan importante y trascendental para la economía de nuestro país.

Por lo tanto, derivado de los distintos conceptos de quiebra que hemos venido mencionando, logramos formar el concepto de lo que para nosotros es una quiebra bancaria, siendo aquel proceso de ejecución general que tiene por objeto repartir el patrimonio de un deudor, de una manera organizada, en este caso una entidad bancaria, entre sus diversos acreedores, obviamente luego de haberse finalizado el procedimiento administrativo previo

seguido por la Superintendencia de Bancos, el cual se encuentra regulado por la Ley de bancos y grupos financieros.

Finalmente, indicamos que la tramitación propiamente dicha de la quiebra de una institución bancaria, debe estarse, en lo aplicable, a lo que preceptúa el código procesal civil y mercantil, toda vez que el mismo contiene las normas adjetivas para este tipo de ejecuciones colectivas; claro está, tomando en consideración las particularidades de la entidad fallida.

4.3.2. Naturaleza de la quiebra.

En efecto, se obtiene la verdadera naturaleza de la quiebra fijándose sin más en que es un proceso auténtico de ejecución y no de cognición, y de ejecución general, singularizado por la tendencia al reparto del patrimonio de un deudor entre sus distintos acreedores¹⁶.

Se deduce pues, de lo ya expuesto, que la quiebra es por su naturaleza, una institución procesal y no una institución de derecho privado, es decir de derecho mercantil, rasgo en que conviene insistir ahora por la especial importancia que ello arroja sobre la naturaleza de la figura.

4.3.3 Tipos de quiebra.

La quiebra es una figura única, en principio, pues comprende todos los supuestos de procesos en que se trata de repartir el patrimonio de un deudor común entre diversos acreedores.

¹⁶ Guasp, **Ob.Cit.** Pág. 322.

Doctrinariamente, la quiebra puede ser voluntaria y necesaria; ahora bien, la clasificación entre quiebra voluntaria y quiebra necesaria es, sobre todo, intrascendente desde el momento en que su única consecuencia importante se encuentra en el momento inicial o de promoción de la quiebra, y apenas si arroja repercusión sobre los momentos ulteriores de desenvolvimiento de la ejecución general.

Otra clasificación también muy significativa es la que distingue a las quiebras, en quiebras fortuitas, quiebras culpables y quiebras fraudulentas

En primer lugar, la quiebra fortuita, es la que existe cuando sobrevengan al deudor, infortunios que debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas.

La quiebra culpable, se da cuando el deudor haya sido negligente, bien con relación al aspecto económico o al jurídico de su trafico comercial, en el primer caso si se han hecho gastos domésticos y personales excesivos y en cuanto al aspecto jurídico sino se han llevado regularmente los libros de contabilidad.

La quiebra fraudulenta, se da en función de circunstancias típicas que revelan el característico dolo del comerciante, así como el alzamiento de bienes, la inclusión en el balance de partidas supuestas, el no llevar libros o llevarlos falsamente, la apropiación de fondos ajenos y la negociación de documentos sin autorización.

En la legislación guatemalteca, si la Junta de acreedores, en vista del informe que hubiere presentado el síndico de la quiebra, pidiere que la misma se declare fraudulenta o culpable, o si el juez la estimare así en virtud de lo que aparezca en las actuaciones, certificará lo conducente, para que el juez competente inicie el proceso criminal.

4.3.4 Efectos de la quiebra.

En el presente punto, se procede a analizar algunos efectos de la quiebra como lo es en primer lugar, el reparto del patrimonio del deudor entre sus acreedores, no siendo este un verdadero pago, pero produce el efecto que corresponde al pago y extinción de las obligaciones materiales incluidas en la quiebra, por lo que éste es un importante efecto de la quiebra en el mundo del derecho material.

Otra importante consecuencia o efecto de la quiebra, son las posibles repercusiones penales de la declaratoria de quiebra, pues en nuestra legislación, si la Junta de acreedores, en vista del informe que hubiere presentado el síndico de la quiebra, pidiere que la misma se declare fraudulenta o culpable o si el juez la estimare así en virtud de lo que aparezca en las actuaciones, certificará lo conducente al órgano jurisdiccional competente, a efecto de que libre orden de detención en contra de los miembros del último consejo de administración del banco de que se trate.

4.4 Análisis jurídico del proceso judicial, para obtener la declaratoria del estado de quiebra de una institución bancaria, según nuestro código procesal civil y mercantil.

Conforme a nuestra ley adjetiva el código procesal civil y mercantil, en su título V, regula lo relacionado a los procesos de ejecución colectiva, siendo uno de ellos el proceso de quiebra, el cual procedemos a analizar de la siguiente manera.

4.4.1 Casos de procedencia para la declaratoria de quiebra de una institución bancaria.

En nuestro país, la procedencia de la declaratoria de quiebra de una institución bancaria, se da en los siguientes casos:

- a) En los casos que no se apruebe el convenio;
- b) Cuando no se llegue a un concurso necesario o a un avenimiento entre el deudor y sus acreedores en cuanto a la administración y realización de los bienes y al pago de pasivos, procederá la declaratoria de quiebra.
- c) Podrá también ser declarada la quiebra, a solicitud de uno o varios acreedores.

Sin embargo, en el artículo número ochenta y tres (83) de la Ley de bancos y grupos financieros, se regula un caso especial de procedencia para la declaratoria de quiebra de una institución bancaria, cuya solicitud ante un juzgado competente corresponde a la Superintendencia de Bancos, en su calidad de ente supervisor del sistema financiero nacional y dada la naturaleza pública y de orden social de los intereses que tutelan las leyes bancarias del país.

En tal sentido, no se está solicitando la declaratoria de quiebra de un particular o de una sociedad de índole no bancaria, cuyos intereses corresponde hacer valer en la esfera privada. Se está frente a un caso que encuadra en el ámbito del derecho público, pues conforme a lo dispuesto en el artículo número 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, corresponde a la Junta Monetaria, entre otras atribuciones, la de velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional.

No está de más mencionar, que si bien es cierto que el artículo trescientos setenta y nueve (379) del código procesal civil y mercantil, establece tres casos de procedencia para la declaratoria de quiebra, también lo es que otra ley de igual jerarquía, posterior en su emisión y de naturaleza especial, por cuanto que es de aplicación específica a las entidades bancarias, como lo es la Ley de bancos y grupos financieros, establece un caso especial de procedencia para la declaratoria de quiebra.

Efectivamente, el artículo ochenta y tres (83) de la Ley de bancos y grupos financieros, contiene mandatos imperativos expresos a ser observados, por un lado, por el Superintendente de Bancos, quien debe acatar la instrucción de la Junta Monetaria¹⁷.

¹⁷ El Artículo 83 de la Ley de bancos y grupos financieros, establece en su parte conducente: "*Declaratoria de quiebra.* La Junta Monetaria, dentro del plazo de quince (15) días de recibido el informe a que se refiere el artículo anterior, instruirá a la Superintendencia de Bancos para que solicite a un Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil, la declaratoria de quiebra de la entidad de que se trate".

Resulta importante aclarar, entonces, que el Superintendente de Bancos, por disposición del tercer párrafo del artículo ciento treinta y tres (133) de la Constitución Política de la República de Guatemala, es el órgano que ejerce la vigilancia e inspección, entre otras instituciones, de los bancos.

En tal sentido, cuando la Superintendencia de Bancos, solicita ante un juzgado de primera instancia del ramo civil, la declaratoria de quiebra de un banco, no lo hace en calidad de acreedor, sino como un órgano de Banca Central, eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y en estricto apego a la ley, o sea por disposición legal.

4.4.2 Declaratoria de quiebra.

El auto en que se declare la quiebra contendrá, la fijación de la época de cesación de pagos, con calidad de por ahora, sin perjuicio de tercero, observándose además, todas las disposiciones establecidas para el caso de concurso necesario, sino se hubieren tomado antes; la orden de detención contra el fallido, certificando lo conducente al juzgado del ramo penal que fuere competente, así como el nombramiento del síndico y depositario provisional.

La Junta General de Acreedores, en su primera reunión, ratificará los nombramientos para esos casos o designará otras personas, además nombrará el juez dos expertos para el avalúo de los bienes.

En materia de declaración de quiebra, la fundamental declaración legal que hay que tener presente, es la que considera en estado

de quiebra al deudor que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones.

Es pues, esencial, tener presente que la quiebra no constituye un estado económico, sino jurídico, que por ello la cesación en el pago corriente de las obligaciones no equivale a la quiebra, sino que proporciona solo el fundamento de la solicitud que procesalmente pueda deducirse con relación a la apertura de la quiebra; la declaración de quiebra es una verdadera medida declarativa y no ejecutiva.

Pertenece, no obstante, todavía a la fase de declaración de quiebra, la posible oposición que el quebrado haga al auto de declaración.

Asimismo, al ser declarada la quiebra de una institución bancaria, se dictan medidas que persiguen asegurar los resultados del referido proceso, dictando las que a continuación se describen:

- a) Oficiar a los tribunales donde existiere ejecuciones pendientes en contra del Banco de que se trate, haciéndoseles saber la declaratoria de quiebra, para que suspendan aquellas en que aún no se hubiere verificado el remate, excepto las que hubieren sido promovidas por créditos hipotecarios o prendarios;
- b) Se ordene la publicación del auto que declare la quiebra, por tres veces en el término de quince días en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación;
- c) Se ordene la ocupación de los bienes de la entidad deudora, no excluidos legalmente de embargo, su contabilidad, documentos y correspondencia de negocios;

- d) Se oficie a las oficinas correspondientes para que remitan al órgano jurisdiccional que conozca de la quiebra, las comunicaciones dirigidas a la entidad fallida;
- e) Se prohíba entregar bienes y hacer pagos a la entidad fallida y se ordene a las personas que tengan bienes de aquella o le adeuden cantidades para que, dentro de tercero día, los pongan a disposición del órgano jurisdiccional competente, bajo apercibimiento de que si no lo hicieren, serán considerados como ocultadores y cómplices del deudor y de declarar nulos los pagos y las entregas que hicieren;
- f) Se fije día, hora y lugar para que los acreedores celebren Junta General, citándolos a través de edictos, que deberán publicarse por tres veces en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación, dentro del plazo legal;
- g) Que desde el momento en que se declare la quiebra del banco de que se trate, se tengan por vencidos todos los créditos y obligaciones a su cargo y dejen de correr intereses a favor de los acreedores.

4.4.3 Sujetos de la quiebra.

a) El síndico.

Dentro del proceso de quiebra, surge la figura del síndico, quien es el representante de la masa de acreedores, tanto judicial como extrajudicialmente, el síndico podrá servirse de abogados, notarios y contadores, así como conferir mandatos especiales para las gestiones que hubiere que hacer fuera del lugar del juicio dando cuenta al juez de ello.

El nombramiento del síndico, en el presente caso, lo realiza la Superintendencia de Bancos.

Sin embargo, doctrinariamente se establece que el síndico debe tener las siguientes cualidades, ser mayor de veinticinco años, residencia habitual en el lugar de la quiebra y ser persona natural y no colectiva.

Al terminar la función del síndico, rendirá una cuenta general, que puede ser impugnada y atacada dentro de las actuaciones correspondientes a la administración de la quiebra.

b) El depositario.

Al igual que ocurre con el síndico, en el presente caso, a el depositario lo nombra la Superintendencia de Bancos, a cuyo cargo se pondrá la conservación de todos los bienes ocupados al deudor hasta que se nombren el síndico.

No obstante la limitación de este precepto, que parece hablar solo de un depositario con función estricta de custodia y no de un administrador, con función de cuidado, no cabe duda que se trata en realidad, de un verdadero depositario-administrador.

c) Los acreedores.

Los acreedores constituyen el principal elemento subjetivo activo de toda quiebra, pues son las personas que ocupan la posición de ejecutantes dentro del proceso de ejecución general mercantil que es la quiebra.

En sustancia, son ellos los titulares activos de la pretensiones procesales que se formulan frente al quebrado y cuya satisfacción constituye la verdadera finalidad de este proceso.

La pluralidad de los acreedores es, pues, la esencia de la quiebra, reunidos en un ente que se denomina, Junta de Acreedores, compuesto orgánico, formado por los distintos acreedores pero con posición procesal propia al que la ley se remite continuamente.

La quiebra se desenvuelve en realidad, a través del mecanismo de estas Juntas de Acreedores, las cuales se reúnen para los momentos fundamentales del procedimiento y tienen en realidad, la última palabra de su desarrollo sin perjuicio de los poderes auténticamente decisorios que corresponden, como es lógico, al órgano jurisdiccional.

d) El deudor común o el quebrado.

El deudor común, es la parte pasiva de toda quiebra, se trata efectivamente, de un deudor, puesto que es el que soporta la titularidad pasiva de los créditos de los diversos ejecutantes.

El quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes, no puede entenderse, sino como una simple pérdida de la legitimación patrimonial del quebrado, el quebrado no es un incapaz, ya que se puede defender dentro de la quiebra y fuera de ella cuando no se trate de litigios patrimoniales.

4.4.4 El inventario.

Continuando con el análisis del proceso judicial, para obtener la declaratoria de quiebra de una institución bancaria, llegamos a la fase de la ocupación de los bienes y su entrega al depositario, entrega que se hará con intervención del síndico y a presencia de un notario y de los dos expertos valuadores.

Luego se realizará un inventario y un avalúo, los cuales se presentarán al juez, quién dará audiencia a los interesados para que puedan impugnarlos.

4.4.5 Realización de los bienes ocupados.

Aprobado el inventario y el avalúo, el síndico pedirá autorización para realizar los bienes, lo que se llevará a cabo por medio de subasta pública.

El producto de la venta deberá depositarse en uno de los bancos nacionales a más tardar al día siguiente.

Igualmente, en los actos de la quiebra, van envueltos importantes cambios de derecho material. El más trascendente a nuestro juicio, es desde luego el que supone la enajenación de los bienes de la quiebra, mediante la cual, se transmiten las titularidades materiales del caudal de la quiebra a personas distintas de las que antes las disfrutaban.

El depositario en los primeros cinco días de cada mes, presentará al juzgado un informe de su administración que comprenda el detalle de las ventas, el monto de los ingresos y egresos y el estado de los bienes no vendidos.

4.4.6 Calificación de la quiebra.

Luego de recorrer, casi todo el proceso de quiebra, llegamos al punto de la calificación de la misma, la cual reviste una gran importancia, pues es acá donde se determina si el culpable de la quiebra va o no a prisión por los hechos imputados.

Además, si la junta de acreedores, en vista del informe que le hubiere presentado la comisión revisora o el síndico en su caso, pidiere que la quiebra se declare fraudulenta o culpable, o si el juez la estimare así, en virtud de lo que aparezca de las actuaciones, certificará lo conducente al órgano jurisdiccional competente, a efecto de que libre orden de detención en contra de los miembros del último consejo de administración del banco de que se trate.

Una vez aprobada la memoria del síndico, la misma servirá de base para los pagos, si alguno de los acreedores se opusiere a las conclusiones del síndico, la oposición se tramitara y resolverá en forma de incidente.

4.4.7 Graduación de pagos.

La clasificación y graduación de créditos, salvo lo dispuesto en otras leyes, seguirá el siguiente orden:

- a) Acreedurías por alimentos presentes y por trabajo personal;
- b) Acreedurías por gastos de última enfermedad y funeral, testamento, inventario y proceso sucesorio;
- c) Acreedurías establecidas en escritura pública, según el orden de sus fechas;
- d) Acreedurías comunes, que comprende todas las no incluidas en los numerales anteriores;

Aceptada la graduación de créditos por la Junta general o firmes los autos que resuelvan las impugnaciones que se hubieren hecho, el síndico formulará la liquidación del concurso, estableciendo la cantidad que a cada acreedor corresponda en el saldo que resulte, después de deducidos los gastos legales.

En el proceso de quiebra aparecen otras instituciones que vale la pena que sean analizadas en esta investigación, como lo es el fuero de atracción, el cual se da en el proceso de quiebra, cuando se atraen todas las reclamaciones pendientes contra el deudor, en el presente caso en contra de una institución bancaria, cesando además, las ejecuciones que se estén siguiendo en contra de éste, excepto las que se funden en créditos hipotecarios o prendarios. Atrae asimismo, todas las reclamaciones que haya iniciado el deudor o las que inicie con posterioridad.

Otra singularidad que se encuentra en el proceso de quiebra, es que el proceso se encuentra dividido por piezas de autos, asignando la propia ley la distribución a seguirse en dicho proceso, conteniendo la primera pieza, todo lo relativo a la declaración de insolvencia, nombramiento y revocación de síndicos y depositarios, y el convenio entre los acreedores y el deudor, que ponga término al procedimiento.

La segunda pieza contiene, todas las diligencias de ocupación, depósito y realización de los bienes y todo lo concerniente a la administración, hasta la liquidación y rendición de cuentas.

En la tercera pieza se realizará el examen, verificación, graduación y pago de los diversos créditos.

Finalmente, los honorarios de los síndicos, depositarios, abogados, notarios, contadores y procuradores, se graduarán conforme al respectivo arancel. En todo caso, el total de dichos honorarios, considerados conjuntamente, no excederá del doce por ciento del activo de la quiebra.

4.5 Ejemplos de instituciones bancarias con problemas financieros, que amerito la solicitud de la declaración de quiebra.

Durante el período de mil novecientos noventa al año dos mil cinco, se registró la quiebra de una institución bancaria estatal, y la intervención administrativa de tres bancos privados, en lo que corresponde a la quiebra de la entidad bancaria estatal, la misma fue decretada sobre el Banco Nacional de la Vivienda "Banvi".

Para lo cual el Congreso de la República de Guatemala, mediante el Decreto 89-97 del primero de octubre de mil novecientos noventa y siete, emitió la Ley para la disolución, liquidación y supresión del Banco Nacional de la Vivienda "Banvi", proceso que según la ley se realizaría en un plazo de un año, sin embargo, el referido plazo, fue prorrogado en varias ocasiones.

En definitiva, a través del Decreto 25-2004 del nueve de septiembre del año dos mil cuatro, se creó la Ley de adjudicación de bienes inmuebles ubicados en proyectos ejecutados por el extinto banvi, a favor de familias en situación de pobreza y extrema pobreza, en el cual se autorizó la adjudicación y venta de fincas o fracciones de fincas inscritas en los registros de la propiedad a nombre del Estado provenientes del Banvi.

Teniendo como base, que solamente a través del experimento científico y de la práctica se puede comprobar la eficacia de los procedimientos que hemos venido analizando, resulta importante indicar, que en relación a las tres intervenciones

administrativas antes descritas, nos permitimos mencionar que la Superintendencia de Bancos, solicitó a los tribunales de justicia, que declare la quiebra de tres instituciones bancarias (Metropolitano, Promotor y Empresarial), los cuales desde el año dos mil uno, como es de conocimiento público, presentaron problemas financieros, pudiendo proceder a su respectiva liquidación.

Dichos procesos de quiebra, se encuentran estancados por los recursos legales interpuestos por los antiguos accionistas de estos bancos, pues dicho proceso inicio al amparo de la Ley para la protección del ahorro, ley que introdujo y reguló, que dicho proceso se realizara respetando el principio de debido proceso, el cual abrió un abanico de oportunidades en el orden procesal a favor del banco ineficiente, el cual puede hasta paralizar dicho proceso, lo cual hace hasta cierto punto, ineficaz la normativa citada.

De ahí la importancia, de que se tenga un sistema normativo preventivo, con el cual se logre evitar el riesgo operacional a través del establecimiento de seguros o de planes de contingencia, contando además con procedimientos más expeditos, logrando obtener un sistema de supervisión real y eficaz que garantice el funcionamiento del llamado libre mercado y que al mismo tiempo proteja y sanee el sistema bancario nacional, teniendo como resultado el fomento al ahorro y la tan anhelada estabilidad financiera.

De ordenarse la liquidación de las mencionadas instituciones bancarias, sumarían cinco los procesos en la historia del sector financiero nacional bajo la legislación actual, los otros dos

fueron el Banco Popular de Colombia, S. A. (1960), y el Banco de Comercio e Industria S.A. (1971).

Cabe mencionar que las acciones emprendidas por los accionistas de los bancos (Empresarial, Metropolitano y Promotor), para entorpecer y obstaculizar hasta lo incomprensible los procesos planteados contra ellos, han impedido de manera intolerable la aplicación de la justicia y, con ello, socavan la legitimidad de las instituciones públicas y atentan contra el orden moral de la sociedad, así como el desarrollo integral del sistema financiero, según las autoridades monetarias, el capítulo más desagradable de esta historia son las pérdidas millonarias que debe enfrentarse, entre salvar los depósitos de los ahorrantes de los bancos intervenidos y el desembolso de varios cientos de millones de quetzales para su posible recuperación, lo cual acumula una deuda que será pagada, según las autoridades monetarias, de alguna forma por todos los guatemaltecos durante los próximos veinte años.

CONCLUSIONES

1) Durante el transcurso de la presente investigación, se logró establecer que en Guatemala, existe escasa bibliografía de tan importante y trascendente tema. La poca información que se halla sobre la quiebra bancaria, es de autores extranjeros y la que encontramos en nuestro medio se traduce en artículos de periódicos, cuyos columnistas abordan el tema en forma aislada y no, por consiguiente, bajo una metodología de investigación, es más, muchos de estos artículos tienen un sesgo político, con lo cual se pierde la objetividad e imparcialidad que exige el rigorismo científico.

2) Actualmente la Junta Monetaria, como el ente eminentemente técnico, encargado de la política monetaria, cambiaria y crediticia de Guatemala, se encuentra politizada, esto quiere decir que en su integración concurren miembros que tienen fuertes intereses sectarios, no siendo idóneos para ocupar tan importantes puestos, lo cual tiene como consecuencia, que las funciones que realiza dicha Junta, puedan en un momento dado, ser anuladas o neutralizadas, favoreciendo con ello a algún sector determinado, en detrimento de la gran mayoría.

3) Es importante indicar que del estudio realizado, se desprende que en Guatemala, la Superintendencia de Bancos no posee una verdadera autonomía, pues la elección o nombramiento de quien la dirige, proviene del grupo político al cual pertenece, esta posición necesariamente implica compromisos, nombramiento que además, contradice la esencia eminentemente técnica de la supervisión bancaria, siendo indispensable que se otorgue una

verdadera autonomía a todas las autoridades monetarias, especialmente a la Superintendencia de Bancos.

4) En la actualidad los bancos le dan poca importancia a la necesidad que se tiene de la formación de un comité de riesgos con categoría autónoma dentro del banco, posiblemente porque ello eleva los costos de la empresa bancaria, pues en la medida en que los bancos no cuenten con oficinas de análisis y evaluación de riesgos, no puede decirse que haya una institución estable y sólida.

5) En Guatemala, solo se ha tenido una visión parcial de lo que se ha llamado la modernización financiera, siendo uno de los factores que aún no se ha tratado con suficiente seriedad, es la creación de una normativa prudencial, la cual debió crearse juntamente con la llamada modernización. Actualmente las leyes financieras existentes, no tienen carácter prudencial, sino más bien represivas que buscan restaurar una situación patológica, es decir que son correctivas más que prudenciales.

6) Se logró determinar, que de nada sirve, crear leyes financieras ó herramientas de supervisión, si del otro lado, no existen autoridades monetarias que cuenten con titulares que las hagan valer, aplicándolas en forma oportuna y conveniente, imprimiéndole además seguridad y confiabilidad al sistema bancario, de manera que la supervisión bancaria resulte verdaderamente eficaz.

7) Como consecuencia del análisis del procedimiento para la declaratoria de quiebra de una institución bancaria, se descubrió, que donde deben de realizarse la mayor cantidad de

reformas y cambios, es en la fase judicial de la declaratoria de quiebra, pues es ahí donde se abre un abanico de oportunidades en el orden procesal a favor del banco ineficiente, lo que permite entorpecer de manera hasta indefinida dicha declaración, haciendo hasta cierto punto ineficaz todo el procedimiento previo realizado por la Superintendencia de Bancos.

8) Resulta necesario, fortalecer el fondo para la protección del ahorro bancario, pues cuando un banco presenta problemas financieros y el depositante quiere retirar su dinero, únicamente le será devuelto una cantidad de hasta veinte mil quetzales, pudiendo recuperar el resto, hasta que finalice la declaración de quiebra, lo cual a mi juicio resulta injusto, pues para obtener los fines deseados de seguridad, tranquilidad y confianza, una ley de protección al ahorro, no debe ser limitada a una cierta cantidad de dinero, sino debe cubrir el cien por ciento de los depósitos.

9) Actualmente en Guatemala, cuando una institución bancaria tiene problemas financieros y no puede cumplir con sus obligaciones, el Banco de Guatemala, bajo la excusa de evitar un efecto sistémico que ocasione una corrida bancaria, desembolsa gran cantidad de dinero para salvar a los bancos ineficientes, fomentando con esto la imprudencia de los bancos.

Durante la presente investigación se comprobó, que los fondos otorgados a los bancos en dificultades son eminentemente inflacionarios, y que resulta imposible echar toda la culpa a una institución bancaria de todos los problemas que surjan, sin arrastrar a la Banca Central y sus mecanismos de control.

RECOMENDACIONES

1. Como consecuencia de los problemas de liquidez y solvencia que presentan algunas instituciones bancarias, y los problemas que esto ocasiona a sus depositarios, es urgente y necesario, que se cree inmediatamente un seguro de depósitos bancarios, así como modificar la Ley de bancos y grupos financieros, Decreto 19-2002, en el sentido de garantizar el pago de la totalidad de los depósitos, recuperación que se tendrá que realizar sin ningún trámite, mas que el de acreditar ser el titular de los depósitos reclamados; modificación que tendrá que ser presentada al Congreso de la República, esto a través de una iniciativa de ley, que podrá ser propuesta por la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Actualmente, los ahorrantes del sistema bancario guatemalteco, se encuentran indefensos y desamparados, pues no se cuenta con una marco jurídico, que proteja y permita la devolución de la totalidad de sus ahorros. Acciones que se tendrán que realizar inmediatamente, si se quiere preservar la confianza en el sistema bancario, pues solo así se evitará el riesgo de un efecto sistémico en el que se produzca una corrida de depósitos en los bancos del sistema.

2. Se debe crear inmediatamente, una Ley específica para quiebras de instituciones bancarias, pues actualmente por no contar con ella, ha ocasionado una serie de atrasos, errores y lagunas que han originado que el proceso para la quiebra de un banco sea extremadamente largo y engorroso.

Para la creación de esta Ley, la misma tendrá que ser previamente discutida por distintos sectores, entre ellos las autoridades monetarias y el sector Justicia, cada quien en su campo de acción, facilitando así los futuros procesos de liquidación de instituciones bancarias, regulando entre otras cosas, la creación de Juzgados y Fiscalías, con personal altamente calificado en materia bancaria y financiera, buscando con ello la pronta, correcta y eficaz aplicación de las leyes financieras de Guatemala y la graduación del uso excesivo de recurso legales; creación que se llevará a cabo a través de la presentación de una iniciativa de ley, propuesta por la Universidad de San Carlos de Guatemala, en el uso de su derecho constitucional.

3. Es preciso, necesario e ineludible, que el Estado de Guatemala le reconozca a nuestras autoridades monetarias, Junta Monetaria, Banco de Guatemala y Superintendencia de Bancos, su autonomía, la que incluye, la no intromisión en sus decisiones, así como en la elección de sus funcionarios, pues de nada sirve contar con un cúmulo de leyes financieras, si las personas encargadas de su aplicación, tienen compromisos políticos que hacen que dichas leyes se tornen ineficaces, inoperantes e inútiles.

4. Es necesario que el sistema bancario guatemalteco, cuente con una supervisión bancaria eficaz, pues cuando la supervisión se torna permisible en ciertos actos administrativos de los bancos, estos ocasionan muchas veces, grandes problemas financieros, originando con ello las crisis financieras, como se ha indicado en líneas anteriores, para obtener una supervisión eficaz, se tiene que tener autoridades monetarias verdaderamente autónomas,

dotando a estas con un marco jurídico adecuado, el cual tendrá que estar encaminado a fortalecer los controles de supervisión más que a diseñar normas de operatividad de los bancos, de tal manera que todo el cuidado del sistema estaría en que las operaciones de los bancos fueran claras, transparentes y ordenadas, y el supervisor tendría como misión, cuidar que los bancos se mantuviesen dentro de los niveles adecuados y responsables de liquidez, solvencia y solidez patrimonial, esta sería la meta del supervisor, porque con ello se obtendría la estabilidad financiera del sistema bancario.

5. Es necesaria una adecuada reforma en el procedimiento del nombramiento de los miembros de la Junta Monetaria, eliminando las representaciones directas de sectores específicos, esto incluye a los Ministros de Estado.

Asimismo, es importante diseñar una reforma al mecanismo de postulación y nombramiento de los miembros de la Junta Monetaria, en donde la figura del Presidente de la República para nombrar a los integrantes de la misma, debiera ser conservadora, evitando así que pueda nombrar al Presidente de la Junta, siendo éste electo por votación entre los mismos miembros de la Junta.

Por último, resulta necesario crear una comisión de postulación conformada por tres ex presidentes del Banco Central y los Decanos de las Facultades de Economía del país, presentando un listado de los candidatos al Congreso de la República, quien por mayoría calificada elegiría a los miembros de la Junta Monetaria; la idea es conformar un órgano con independencia

respecto a cualquier grupo de interés o respecto del mismo gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario.** Panorama del sistema financiero mexicano. 4ª. ed; México: Ed. Porrúa, 1991.
- ARÉVALO ALBURES, José Alejandro. **Riesgo crediticio.** Pág. 23. Prensa Libre, (Guatemala), Año 55, no. 16757, (jueves 20 de mayo de 2005).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L, 1976.
- CORDERO, María Anahí y María Fernández. **Elementos de derecho comercial.** 1ª. ed; Santiago de Chile, Chile: Ed. Salesianos, 1999.
- COTTELY, Esteban. **Derecho bancario conceptos generales e historia.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Arroyo, 1956.
- CUYAN PAZ, Otto Rene, **La modernización del sistema financiero guatemalteco, en el contexto de la regularización financiera internacional,** Pág. 17, Revista Banca Central Año IX No.34, diciembre 1997.
- DARDON, Byron, **Agilizan dictámenes,** Pág. 15, Prensa Libre, (Guatemala), Año 51 no.17520, (miércoles 5 de septiembre de 2001).
- DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho.** 4ª.ed; México: Ed. Porrúa,1975.
- El sistema financiero guatemalteco, Pág. 34 y 35, segunda conferencia sobre supervisión financiera, (Guatemala), (agosto 1997).
- GALVEZ, José Estuardo. **Contexto macroeconómico de las crisis bancarias.** Pág. 3 de la superintendencia de Bancos.

GALLARDO, Eugenia. **Análisis de la problemática del sistema bancario nacional a partir de las últimas intervenciones y su impacto en la economía guatemalteca.** 1ª.ed; Guatemala: Ed. Dirección General de Investigación, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2002.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** 2t; 3ª.ed; Madrid, España: (s.e.).

HANKE, Steve y Kurt Shuler, **Banco central o caja de conversión.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Fundación República, 1991.

Intervenciones maquiavélicas, Pág. 14 Siglo Veintiuno, (Guatemala), Año 52, no.18523, (Lunes 9 de julio de 2001).

MARTINEZ GALVEZ, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión.** 1ª. ed; Guatemala: Ed. Vile, 2000.

MORA, Fernando. La responsabilidad del banquero al otorgar créditos a empresas en débil situación financiera y económica, Pág 225, Revista Felaban, Bogotá, Colombia: No. 61, septiembre 1986.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 3ª.ed; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L, 1981.

PAREDES, Jennifer y Byron Dardon, **Un largo camino,** Pág. 6, Prensa Libre, (Guatemala), Año 52, no.15230. (Martes 4 de septiembre de 2001).

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos bancarios,** Pág 99, Revista Felaban, Bogotá, Colombia: No.51, septiembre 1979.

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** 1t; 5ª.ed; Guatemala: Ed. universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2001.

ZETINA PUGA, Manuel de Jesús. **Moneda y Banca**, Guatemala: Ed. Impresos Praxis, 1995.

Legislación:

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

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

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

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

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

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

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

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