

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

**ESPECIALIDAD EN VIGILANCIA BANCARIA:
SUPERINTENDENCIA DE BANCOS O JUNTA MONETARIA**



VICENTE YOVANI MILIÀN MAYÈN

GUATEMALA, JUNIO 2007

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

**ESPECIALIDAD EN VIGILANCIA BANCARIA: SUPERINTENDENCIA DE
BANCOS O JUNTA MONETARIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

VICENTE YOVANI MILIÀN MAYÈN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Junio 2007

**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. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Victor Hugo Barrios Barahona
Vocal: Lic. Iliana Magali López Arango
Secretario: Lic. Juan Carlos Godinez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Saulo de León Estrada
Vocal: Lic. Hector Manfredo Maldonado Méndez
Secretario: Lic. Edwin Leonel Bautista Morales.

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Licenciada Gladys Elizabeth Monterroso de Morales. Abogada y Notaria.

Guatemala 07 de marzo de 2007

Licenciado:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala

Respetable Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a Usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento de su nombramiento en mi recaído, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller, VICENTE YOVANI MILIAN MAYEN, intitulado "ESPECIALIDAD EN VIGILANCIA BANCARIA: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS O JUNTA MONETARIA".

Con el estudiante sostuvimos varias sesiones de trabajo, durante las cuales le fue sugerida la bibliografía adecuada al tema, sugerencias que fueron aceptadas por el estudiante y en consecuencia aplicadas al trabajo de investigación señalado, en concordancia al plan de investigación en base al cual se desarrollo el presente trabajo de tesis se comprobó suficientemente la hipótesis planteada, constituyendo un decidido aporte al derecho bancario guatemalteco, consignando las conclusiones pertinentes para ello y señalando las recomendaciones necesarias.

Por lo anterior el tema fue debidamente desarrollado y considero que reúne los requisitos necesarios establecidos en los reglamentos correspondientes, por lo que emito DICTAMEN FAVORABLE, debiendo en consecuencia nombrar al Revisor de tesis a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido posteriormente en el Examen Público correspondiente.

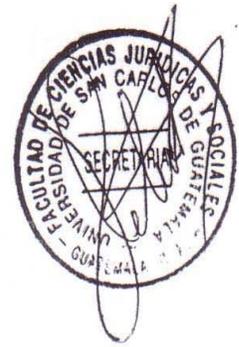
con muestras de consideración y estima.

atentamente.

Licda. Gladys Elizabeth Monterroso
Velásquez de Morales
Abogada y Notaria.
Colegiado. 5956

Gladys Elizabeth Monterroso
Velasquez de Morales
Abogada y Notaria

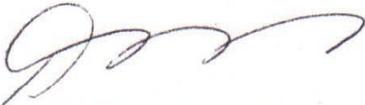
Oficina Profesional, CC. Géminis 10 tercer nivel oficina 312 z.10 ciudad de Guatemala, TEL. 2230 2288, 2220 7652, 22305731.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, quince de marzo de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) JESUS ALFREDO ERCHILA DE LEÓN** para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **VICENTE YOVANI MILIÁN MAYÉN**, Intitulado: **“ESPECIALIDAD EN VIGILANCIA BANCARIA: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS O JUNTA MONETARIA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/ech



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, quince de mayo del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante VICENTE YOVANI MILIÁN MAYÉN, Titulado "ESPECIALIDAD EN VIGILANCIA BANCARIA: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS O JUNTA MONETARIA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



LICENCIADO JESÚS ALFREDO ERCHILA DE LEÓN
Abogado y Notario



Guatemala, 10 de abril del 2007

Licenciado:

Bonerge Amilcar Mejia Orellana

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala

Estimado Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a Usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento de su nombramiento en mi recaído, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller, VICENTE YOVANI MILIAN MAYEN, intitulado "ESPECIALIDAD EN VIGILANCIA BANCARIA: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS O JUNTA MONETARIA".

Analizado el tema propuesto y metodología utilizada, me permito manifestar que el sustentante realizó un trabajo de tesis acorde a las exigencias que se requiere para su desarrollo y de la temática utilizada. En virtud de lo manifestado emito **DICTAMEN FAVORABLE** del trabajo revisado, debiendose discutir posteriormente en el Exámen Público correspondiente.

Con mis mas altas muestras de consideración.

Atentamente,

Lic. Jesús Alfredo Erchila de León

Abogado y Notario

colegiado 3537

5ta. calle 9'20, zona 1 oficina 2 teléfono 2251'0816

LIC. JESUS ALFREDO ERCHILA DE LEON
ABOGADO Y NOTARIO

DEDICATORIA

A Dios: Por ser mi fuerza y creador y porque toda buena dádiva y todo don perfecto proviene de lo alto.

A mis padres: Hector Ramiro Milián Dubón y María Belén Mayén Cuellar por su amor incondicional, apoyo y por darme la tranquilidad de un hogar feliz; de manera especial.

A mi esposa: Ingrid Cecilia Menéndez Zepeda por su amor y compartir conmigo los sueños de alcanzar esta meta.

A mi bebé: Daniela Sofía por la ilusión que despierta en mí cada día.

A mis hermanos: Lílían, Elman, Noemí, Rubí, tito por su ayuda y confianza en mi sueño.

A mis amigos y amigas: Por todos los momentos compartidos a través del camino de la vida y porque el que encuentra un amigo encuentra un tesoro.

A esta casa de estudios Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala por darme la oportunidad de formarme profesionalmente.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho bancario	1
1.1. El derecho bancario como una especialidad.....	1
1.2. Definición de derecho bancario.....	4
1.3. Principios del derecho bancario.....	4
1.4. Instituciones del derecho bancario.....	5
1.5. La actividad de los bancos.....	8
1.6. Los grupos financieros.....	10
1.7. La crisis financiera.....	11
CAPÍTULO II	
2. La supervisión bancaria.....	13
2.1. La supervisión.....	13
2.2. El comité de basiléa.....	14
2.3. Principios básicos para la supervisión bancaria.....	15
CAPÍTULO III	
3. La superintendencia de bancos.....	25
3.1. Ubicación y naturaleza.....	25
3.2. Legislación aplicable.....	31
3.2.1. Constitución política de la república.....	31
3.2.2. Ley de supervisión financiera.....	32
3.2.3. Ley orgánica del banco de guatemala.....	33
3.2.4. Ley monetaria.....	37
3.2.5. Ley de bancos y grupos financieros.....	38
3.2.6. Ley de sociedades financieras privadas.....	59
3.2.7. Ley de libre negociación de divisas.....	60
CAPÍTULO IV	
4. Necesaria autonomía de la superintendencia de bancos.....	63
4.1. La superintendencia como un órgano desconcentrado.....	63

	Pág.
4.2. Necesidad de concederle autonomía.....	64
4.3. Estructura propuesta.....	66
4.4. Caso bancafé.....	72
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83

INTRODUCCIÓN

Una sub especialidad del derecho mercantil lo constituye el derecho bancario, rama casi inexplorada tanto en el pensum de estudios como en las obras de autores nacionales. En la presente investigación, se pretende de una manera sencilla, introducir al lector en esta especialidad del derecho esto con el fin de propiciar la comprensión del problema de fondo que pretende agostar en la tesis.

La presente investigación versa sobre la inconveniencia que dentro de un proceso administrativo, la superintendencia de bancos como el órgano técnico encargado de la supervisión de los bancos y otros entes financieros emita una resolución y la misma sea apelada ante la Junta Monetaria, entidad que si bien es la superior jerárquica sobre la autoridad impugnada está mas sujeta a decisiones políticas que a decisiones técnicas.

El trabajo se presenta en cuatro capítulos se hace una breve exposición sobre un materia cuyo desprendimiento como rama del derecho es aun discutido: el derecho bancario. En el capítulo segundo se hace una exposición sobre la necesidad de la supervisión financiera y los principios internacionalmente aceptados que la rigen.

En el capítulo tercero, se analiza la naturaleza de los órganos de la administración pública; y la que corresponde actualmente a la Superintendencia de Bancos así como la legislación que le es aplicable. En el capítulo cuarto se exponen detalladamente la necesidad de que el ente supervisor financiero tenga autonomía, objetivo principal de la investigación. Finalmente por presentarse en la época de escribir el informe final de la presente tesis la suspensión definitiva de una banco del sistema, se consideró pertinente aplicar el criterio sostenido en ésta tesis a un caso concreto.

Consideramos que los objetivos de la investigación si fueron alcanzados, porque con la comprobación de los mismos se logro confirmar la hipótesis, misma que se expone en al apartado de conclusiones y recomendaciones.

En todo trabajo de investigación siempre se utilizarán métodos para su desarrollo y en éste no puede ser la excepción, pues en ese orden de ideas los métodos son los que ayudaron a desmenuzar cada una uno de los temas tratados y ende arribar a conclusiones concretas y coherentes, los métodos utilizados son los siguientes:

a) Método analítico

permite el uso separado del conocimiento examinándose lo que se da en la práctica, lo que establece la doctrina y lo que esta regulado en nuestra legislación con respecto a la vigilancia bancaria.

b) Método inductivo

con el uso de éste método se encontraron conjeturas y propiedades particulares e individuales y luego desde éste punto particular se obtuvieron razonamientos generalizados con respecto al tema que se trata.

c) Método deductivo

se toma en cuenta aspectos generales de la investigación y luego se comprime a aspectos individuales y particulares, como lo son los casos que se tratan en el presente trabajo, ejemplo banco del café.

CAPÍTULO I

1. El derecho bancario

1.1 El derecho bancario como una especialidad

Del "derecho" como, ciencia social, existen tantas definiciones como autores, una muy popular señala que "*derecho es el conjunto de normas imperativo atributivas que regulan la conducta externa del hombre*" tal definición consideramos que es imprecisa porque el derecho es mucho más que un conjunto de normas pues esto equivaldría a la ley y la ley no es todo el derecho, el derecho comprende todo el cúmulo del conocimiento jurídico que a acompañado a la humanidad desde sus albores y comprende también los estudios de los jurisconsultos. Tampoco el derecho regula la totalidad de la conducta externa del hombre; existen muchas conductas humanas que no interesan al derecho; como también la práctica social crea nuevas conductas que el derecho muy lentamente va regulando atrás de la práctica social.

Es por esto que en sentido general se puede definir el derecho como la ciencia social que trata de normar la conducta del hombre en sociedad, compuesta por normas sancionadas por el Estado así como el cúmulo de estudios de los jurisconsultos y las normas que han dejado de estar vigentes.

Aunque el derecho como ciencia social es uno, la *sistemática jurídica* lo clasifica para su mejor estudio y comprensión, en distantas ramas.

En primer lugar se clasifica el derecho en público y privado. Una norma será de derecho público si en la relación jurídica que regula interviene el Estado con toda su potestad, frente a un ciudadano común (teoría de la relación) o si la norma protege intereses de naturaleza pública (teoría del interés).¹

¹ López Aguilar Santiago, *Introducción al estudio del derecho*. Pág.154

En segundo lugar, la *sistemática jurídica* clasifica el derecho en ramas que se han desprendiendo del derecho como un todo, regulando áreas específicas del quehacer humano. Dentro de la *sistemática jurídica*, es el derecho mercantil por excelencia la rama que pertenece al derecho privado, el derecho bancario a su vez ha sido considerado parte del derecho mercantil. Manuel Ossorio, al definir el derecho bancario, indica que es el conjunto de normas jurídicas, integrantes del derecho mercantil, que se refieren a las personas, las cosas y los negocios mediante los cuales se realizan las operaciones bancarias. El autor citado agrega, "*que exista un derecho bancario como rama autónoma, separada del derecho comercial, es un tema muy discutido, pronunciándose por la negativa la mayoría de la doctrina*".²

No obstante es conveniente mencionar los argumentos sostenidos por algunos autores a favor de la autonomía del derecho bancario respecto al derecho mercantil.

- Autonomía

El derecho bancario acota una parte de la realidad social regulando en forma sistemática y coherente, con métodos y principios propios una actividad especial: La actividad de intermediación financiera, es importante tomar en cuenta que el derecho no puede ser totalmente autónomo y el derecho bancario con el derecho mercantil tienen interdependencia.

- Pertenece al derecho público.

El derecho mercantil pertenece al derecho privado, el derecho bancario en cambio, regula actividades de la política monetaria, cambiaria y crediticia que son de interés de la economía nacional; sus normas son de cumplimiento obligatorio. Cuando se asienta que las actividades cambiarias, monetarias y crediticias estarán organizadas bajo el sistema de la banca central, se está determinando que toda la actividad bancaria está regida por un sistema de normas de derecho público y por tanto de cumplimiento forzoso.³

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 230

³ Martínez Gálvez, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. Pág. 9

- Protege intereses públicos

El interés protegido no es el de un ciudadano en particular, sino el de todos los ciudadanos que ponen sus recursos en las instituciones bancarias, así como el interés del propio Estado en que tales recursos se administren conforme a la ley, mas adelante se dedica un apartado especial para tratar el caso mas reciente que se suscitó con el Banco del Café (BANCAFE).

- Posee su propia legislación

Existen normas especiales de aplicación a la actividad bancaria y sólo subsidiariamente se aplicarán las normas del derecho mercantil, así se interpreta lo que establece el Artículo 12 del Código de Comercio al señalar que *"los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este Código **en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales.** La autorización para constituirse y operar se regirá por las leyes especiales aplicables a cada caso".* (El resaltado es nuestro).

- El servicio Bancario es un servicio público

En la sociedad moderna, la actividad bancaria ha dejado de ser un servicio suntuoso, para convertirse en un servicio público esencial, pues día a día a través de los bancos se realizan muchas operaciones de importancia en el ámbito nacional como internacional. Esto se hace más evidente cuando se presentan descansos prolongados como en semana santa, las fiestas de fin de año, o cuando el asueto por el día del empleado bancario el uno de julio, ocurre en día lunes, pues el día treinta de junio es asueto nacional por lo que los bancos cierran desde el día viernes. Si a éste último caso le agregamos que tales asuetos son fin de mes y que muchas personas se ven impedidas de cobrar sus salario, esto hace evidente la suspensión del servicio bancario afecta grandemente el normal desarrollo de las actividades económicas. Actualmente s

presta servicio en varios Centros Comerciales, pero se debe de tomar en cuenta que no todas las personas tienen acceso a ellos ó necesitan su dinero en efectivo.

1.2 Definición de derecho bancario

Con el breve bosquejo realizado sobre el derecho en general y la especificación de las actividades bancarias, podemos definir el derecho bancario como “*la disciplina jurídica de derecho público que tiene por objeto la regulación, organización y estructura de los sujetos y la materia bancaria; así como del órgano rector y el órgano supervisor, o bien como la disciplina autónoma que el estudia el conjunto sistematizado y unificado del conocimiento sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales relativas a las actividades correspondientes a la banca, y al crédito, con métodos y fines propios observando las directrices emanadas de las autoridades monetarias y de supervisión*”.⁴ Aunque el autor lo define como autónomo, muchos autores y personalmente considero que no existe una rama del derecho que sea realmente autónoma.

1.3 Principios del derecho bancario

Para que una rama del derecho justifique su existencia dentro de la sistemática jurídica y consiguientemente su autonomía, debe tener sus propios principios y sus propias instituciones. Los principios que inspiran el derecho bancario son los siguientes

- Principio de liquidez

Liquidez es el grado de convertibilidad en dinero del cualquier elemento patrimonial. Uno de los objetivos del banco es captar el dinero de los ahorrantes, pero ese dinero en su cajas sigue siendo improductivo al igual que si estuviese en poder de los particulares, el banco sólo generará sus propias utilidades trasladando ese dinero a quienes solicitan préstamos cobrándoles el

⁴ *Ibíd.* Pág. 11

interés correspondiente. Según este principio el banco debe tener liquidez en sus activos, es decir poder convertirlos en dinero en efectivo en forma rápida si fuese requerido por los ahorrantes en la devolución del dinero que ha recibido en depósito. En el cumplimiento de esta exigencia deben intervenir tanto el banco como la autoridad supervisora, dicha exigencia económica esta en función de que esa liquidez sea fácilmente cambiada sin riesgo de pérdida en los mismos.

- Principio de seguridad

Este principio rige el derecho bancario porque la actividad financiera es vital en la economía nacional. Debe existir seguridad para los ahorrantes que han depositado su dinero en el banco, seguridad para el sistema financiero en su totalidad y seguridad para la economía del país que es obligación de Estado garantizar. La crisis financiera de un banco, no controlada a tiempo, contamina a todo el sistema financiero, porque la desconfianza del público se generaliza a todos los bancos, provocando la pérdida de capitales, que a su vez acarrea crisis en toda la economía nacional. Dentro de la legislación guatemalteca, este principio lo encontramos en la parte considerativa de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Legislativo 19-2002 al señalar *que los bancos del sistema aún cuando tienen una función económica positiva para el país, las mismas carecen de regulación específica, aspecto que podría inducir a tales entidades a asumir excesivos riesgos, en su perjuicio, así como en perjuicio del propio sistema, pero fundamentalmente para los usuarios de tales estructuras, y por ende, para la economía nacional, por lo que es necesario establecer la normativa que prevea lo atinente a grupos financieros y a los mecanismos de su supervisión consolidada de acuerdo con las prácticas internacionales.*

1.4 Instituciones del derecho bancario

Se entiende por institución cada una de las materias de las distintas ramas del derecho:⁵ así por ejemplo el matrimonio, respecto al derecho de familia, el patrimonio

⁵ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 388

respecto al derecho civil, la nave mercante respecto al derecho marítimo. En el caso del derecho bancario, entre las instituciones que le sirven de fundamento podemos mencionar las siguientes:

- Los bancos

Los bancos constituyen una institución del derecho bancario porque sólo ellos pueden intervenir en la intermediación financiera. Integrando los Artículos pertinentes de la Ley de Bancos y Grupos financieros, podemos definir los bancos como las sociedades anónimas autorizadas conforme a las leyes específicas para realizar intermediación financiera bancaria. (Artículo 3 y 6). Es por esto que los bancos constituyen un sujeto especial de derecho de bancario, al extremo que es punible realizar actividades propias de la banca si estar autorizado para ello, así lo establece el Artículo 96 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros al señalar que comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente Ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales.

Las sanciones asignadas al delito de intermediación financiera son especialmente severas pues el mismo Artículo indica que los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años incommutables, la

cual excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil "unidades de multa", que según la Ley de Bancos y Grupos Financieros en su Artículo 103 establece que el valor de cada "unidad de multa" será de un dólar de Los Estados Unidos de América o su equivalente en quetzales al tipo de cambio, la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal. Simultáneamente a la imposición de la multa indicada, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere este artículo conforme al procedimiento establecido en ley; en este último caso, una vez concluida su liquidación, ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.

- El ente supervisor

Simultáneamente a la existencia de los sujetos de derecho bancario, es decir los bancos, debe existir el órgano supervisor, la importancia de esta institución es tal que el autor guatemalteco Arturo Martínez Gálvez, propone la existencia de otra rama especial del derecho, que él llama: *Derecho de Supervisión Bancaria*; también con sus propias instituciones y principios. Al respecto creemos aplicables lo que sobre la especialización del derecho comenta doctor Rene Arturo Villegas Lara, en su obra Derecho Mercantil, el citado autor opina que con tan tanta especialidad se pierde la interrelación de todo el Derecho y cita a Rocco, quien al respecto dice: *“La excesiva especialización es opuesta a la unidad orgánica del derecho, ese aislamiento causa un daño en el campo del derecho”*.⁶

El ente supervisor en el caso de Guatemala es la Superintendencia de Bancos,⁷ la cual consideramos que efectivamente es una institución del derecho bancario, pues existe una relación complementario entre y las entidades

⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 24

⁷ Por brevedad en lo sucesivo simplemente la Superintendencia.

financieras y el ente supervisor que ampliamente estudiamos en el capítulo tercero.

1.5 La actividad de los bancos

Hemos dicho con anterioridad que la autonomía el derecho bancario obedece a que regula una actividad especial: La actividad de intermediación financiera; tal actividad tiene un fundamento constitucional pues el Artículo 43 de la Constitución Política de la República reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. Es decir que la actividad de intermediación financiera se encuentra dentro de la libertad de empresa permitida en el Estado de Guatemala, pero en materia bancaria no es aplicable la garantía individual que reza *es lícito hacer todo lo que la ley no prohíbe* (libertad de acción Artículo quinto de la Constitución de la República), porque la misma Constitución obliga al Estado a que el ejercicio de esa actividad sea en beneficio de la economía nacional pues el Artículo 119 literal k), establece que *es obligación fundamental del Estado proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión*; los bancos entonces, sólo pueden realizar lo que la ley les permite, la misma Constitución pone un límite en su Artículo 5 en relación a los bancos.

Los bancos desarrollan una importante actividad en la economía nacional que consiste en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consisten 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. (Artículo 3 Ley de Bancos y Grupos Financieros).

De la norma citada se establece que el quehacer de los bancos es recoger o captar dinero, (lo que constituyen sus operaciones pasivas), otorgando ese dinero en préstamos con un interés mayor al interés que ofrece pagar a los depositantes, (lo que constituye sus operaciones activas). Tanto operaciones activas como pasivas, los bancos las realizan en masa, como toda operación mercantil, y por eso requieren de

infraestructura, organización, contratación de personal así como tecnología especial. Hay en las actividades de intermediación financiera, una combinación de estos elementos: a mayor riesgo mayor ganancia y a la inversa, a menor riesgo, menor ganancia, pero en sus actividades los bancos deben garantizar tres aspectos fundamentales.

- a) Sus propia ganancias
- b) Garantizar la recuperación de los créditos otorgados y
- c) Pronta conversión de sus activos en liquidez, para responder a sus obligaciones.

Los bancos en su quehacer producen un efecto multiplicador del dinero, que el Estado a través de la supervisión debe limitar controlando las tasas de interés. Los bancos además realizan otras actividades financieras llamadas neutras o de confianza, entre las que se encuentra la intervención en contratos de fideicomisos, la negociación de divisas, cobros por cuenta ajena, transferencias nacionales e internacionales, prestación de cajillas de seguridad, y otros.

En Guatemala la historia de la banca va aparejada a la historia del país, en el marco de la guerra fría la inestabilidad político-ideológica internacional no permitía que fluyeran grandes capitales en forma transnacional y por tanto el mercado bancario era poco competitivo, los bancos se limitaban a realizar las tradicionales operaciones de captación de fondos y el otorgamiento de créditos. Pero finalizada la guerra fría, es en el año 1993 en que la actividad bancaria internacional, con el auge de la ideas neoliberales inicia un proceso de globalización lo que puede apreciarse en el flujo de capitales internacionales hacia los países en desarrollo y en las realización en los bancos de nuevas operaciones. En el derecho bancario guatemalteco, ese cambio tuvo como fundamento la resolución 647-93 emitida por la Junta Monetaria el veintidós de septiembre de 1993 en la cual se aprobó la llamada: Matriz del Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional. Desde ese año los bancos iniciaron un nuevo tipo de actividades tales como, la emisión de las tarjetas de crédito, el uso de cajeros automáticos, el cobro por cuenta ajena, se autorizaron muchos bancos nuevos,

lo que los hizo más competitivos en la captación de recursos, se intensificó la competencia, el servicio al cliente, las promociones, sorteos, servicios de consulta de saldos por teléfono, y otros.

1.6 Los grupos financieros

La actividad financiera no se agota con la intermediación financiera realizada por los bancos, existen otras muy especiales como las prestadas por las aseguradoras, afianzadoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, sociedades financieras, almacenes generales de depósito, casas de cambio, emisoras de tarjetas de crédito, entidades de arrendamiento financiero, empresas de factoraje, casas de bolsa y unas de muy reciente creación llamadas entidades fuera de plaza o entidades *off shore* las cuales operan en países diferentes al cual fueron constituidas, y otras que califique la junta monetaria.

El análisis de las actividades que realizan cada una de ellas, escapa al objetivo de la presente tesis, por lo que únicamente transcribimos lo que le ley regula sobre algunas de reciente creación.

El Artículo 6 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías Decreto Legislativo 34-96 indica que *las bolsas de comercio son instituciones de derecho mercantil que tienen por objeto la prestación de servicios para facilitar las operaciones bursátiles.*

El Artículo 112 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros las entidades fuera de plazo (*off shore*) son para los efectos de dicha Ley, *aquellas entidades dedicadas principalmente a la intermediación financiera, constituidas o registradas bajo leyes de un país extranjero, que realizan sus actividades principalmente fuera de dicho país.*

La ley de Bancos y Grupos Financieros en el Artículo 27 señala que Grupo financiero es la agrupación de dos o más personas jurídicas que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas deberá ser banco, entre las cuales existe control común por relaciones de propiedad, administración o uso de imagen

corporativa, o bien sin existir estas relaciones, según acuerdo, deciden el control común.

Los grupos financieros deberán organizarse bajo el control común de una empresa controladora constituida en Guatemala específicamente para ese propósito, o de una empresa responsable del grupo financiero, que será el banco.

Como podemos apreciar es alrededor del banco sobre el que giran las entidades que forman el grupo financiero, sin embargo cada una de dichas entidades tiene responsabilidades individuales que debe de cumplir.

1.7 Las crisis financieras

Los bancos además de tener un equilibrio entre sus obligaciones pasivas deben cumplir con el principio de liquidez, que como antes vimos es la rápida convertibilidad de sus activos en dinero, para responder a sus ahorrantes inmediatamente si le fueran requeridos los depósitos; pero la excesiva liquidez en si misma es improductiva, del mismo modo que el dinero en manos de los particulares; al banco sólo le genera utilidades el dinero dado en préstamos. El exceso de liquidez genera crisis, al igual que la falta de liquidez para responder a las operaciones pasivas si se generara una incertidumbre del dinero de los ahorrantes. *“La supervisión bancaria es de vital importancia porque tiene como función prevenir tales crisis, pues la crisis de un banco no controlada a tiempo, contamina todo el sistema financiero, porque la desconfianza del público, provoca una estampida generalizada de capitales, afectando la economía nacional”*.⁸

Existen varias causas de las crisis financieras, algunas son endógenas, es decir que originan o nacen por causas originadas en el interior del banco; otras son exógenas, es decir que se forman en el exterior de un banco pero llegan a él en virtud

⁸ Martínez, Gálvez. **Ob. Cit.** Pág. 17

de contagio. La experiencia ha demostrado que entre las causas de crisis financieras se encuentran las siguientes:

Causas endógenas:

- Una mala administración de los bancos.
- La concentración de créditos en pocas manos.
- El otorgamiento de créditos a personas vinculadas al banco. (porque el vínculo generalmente evita la exigencia de garantías).
- El otorgamiento de créditos más allá de los límites permitidos.
- Activos crediticios deficientes.
- Inversiones poco rentables, morosas, inseguras, o incobrables.

Causas exógenas

- Retiro de los fondos de los inversionistas en forma masiva por la crisis de otro banco. (Esto constituye el contagio)
- Políticas monetarias que distorsionan la operatividad del banco.

La supervisión bancaria es la llamada a evitar que ocurran las crisis financieras, y para contar con un instrumento jurídico moderno que permita una eficiente supervisión, se creó la Ley de Bancos y Grupos Financieros, que establece una dinámica relación entre los bancos y, no obstante, existe en el desarrollo de la actividad bancaria, un factor no legislado: el factor moral. La deontología es la parte de la moral aplicada al ejercicio de cualquier profesión, y es la conducta moral, la buena fe que se espera del banquero y del ente supervisor el mejor elemento para evitar la crisis.

Es obvio que en las actividades de intermediación financiera, existen otras muchas causas e implicaciones de la crisis financieras, pero que escapan al propósito de nuestra investigación, por lo que con la anterior exposición creemos que basta para introducirnos al tema que nos interesa.

CAPÍTULO II

2. La supervisión bancaria

2.1 La supervisión

En el lenguaje común, supervisar es: "Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros."⁹ Dentro de la actividad financiera la supervisión es el medio más idóneo para evitar una crisis, aunque aún con la vigencia de normas modernas siempre existen situaciones que escapan al control humano. Sólo es posible supervisar de forma eficaz si se conocen y aplican los principios fundamentales que guíen el control de las operaciones bancarias; tales principios deben ser uniformes a nivel internacional, porque los mercados financieros actualmente no tienen fronteras. La supervisión se constituye entonces en una condición necesaria para tener una economía sólida y es también el único medio que puede preservar una banca sana.

2.2 El Comité de Basilea

Fue creado en 1974 por los presidentes, gobernadores, directores o gerentes de los bancos centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Suecia, Suiza, Inglaterra y Estados Unidos, por lo que originalmente se conoció como el Grupo de los Diez. El Comité nació con el fin de proponer principios y criterios de supervisión bancaria para los países que originalmente lo conformaron; además el Comité orienta la supervisión y el diseño de métodos para la supervisión preventiva y la coordinación internacional entre los entes de supervisión. Esto se pretende lograr mediante la adecuación del capital a los bancos; supervisión de bancos internacionales; ponderación de los riesgos de gran cuantía; riesgos: fuera de balance, de mercados, de país, informáticos, de telecomunicaciones, de supervisión; supervisión en las

⁹ Diccionario de la lengua española. Versión electrónica

posiciones de las divisas; relación entre los entes supervisores bancarios; prevención del uso de bancos para el lavado de dinero.

No obstante, las directrices del Comité no tiene fuerza coercitiva, son más propositivas, y queda a criterio de cada país adoptar las recomendaciones, la autoridad que posee el Comité se basa en su especialización sobre supervisión bancaria, en el prestigio y solidez de las economías de los países que originalmente integraron el Grupo de los Diez; el número de países seguidores (que actualmente puede decirse que es la totalidad de países); así como el propio interés de cada país de velar por la salud de su sistema financiero. El Comité constituye un foro nacido de la necesidad de supervisión bancaria, pero no está formado bajo las normas de un tratado, ni como órgano supranacional con autoridad alguna, por consiguiente su función se limita a dictar normas y lineamientos generales de supervisión y hacer recomendaciones a las autoridades de cada país para que estén en armonía con el sistema financiero internacional.

En el desarrollo de sus actividades, el Comité emitió en 1983, el documento llamado, "Principios para la Supervisión de Instituciones Bancarias Internacionales" documento que versa sobre la forma de supervisar y coordinar el sistema financiero de los países con las sucursales de bancos extranjeros, así como las sociedades de co-inversión nacidas bajo la forma atípica de contratación llamada "Joint Ventures". Contrato mercantil el cual dos o más personas de distinta nacionalidad, sin perder su identidad individual, reúnen aportes dinerarios o de otra naturaleza, (pero de gran valor) para la realización de un negocio común por un lapso limitado, obteniendo beneficios ya sea económicos o de otra naturaleza. (por ejemplo la distribución exclusiva de un artículo en todo el país en la que el productor obtendrá la publicidad de su producto.

Otra de las recomendaciones proveniente del Comité es la existencia en cada país de un órgano administrativo especializado en supervisión bancaria y que para el caso de Guatemala es la Superintendencia de Bancos.

En 1996, el llamado G-7 (grupo formado por los siete países más industrializados del planeta), en la clausura de su sesión-cumbre avaló un compendio de documentos del Comité llamado "*Principios Básicos para la Supervisión Bancaria Efectiva*", documento que debe ser revisado cada dos años. Éstos principios constituyen *conditio sine qua non* para que un sistema de supervisión bancaria sea efectivo, y van dirigidos tanto a los órganos estatales de supervisión, como a las mismas entidades financieras especialmente a los bancos. Los principios tienen una naturaleza cuasi jurídica, pues si bien no tienen fuerza legal en si mismos, los Estados se obligan a integrarlos en su legislación bancaria interna, pero además tales principios son mínimos que deben ser completados por cada país según sus propias condiciones y peculiaridades y necesidades.

2.3 Principios básicos para la supervisión bancaria

Como ya hemos dicho los principios no constituyen un *números clausus*, es decir no se encuentran limitados en su número, en primer lugar porque en el desarrollo de la actividad bancaria surgen nuevas actividades que obligan también al surgimiento de nueva modalidad de supervisión. Además cada país regula su propia supervisión atendiendo a sus necesidades, sin embargo, se pueden enumerar los siguientes principios que rigen al órgano de supervisión bancaria.

- Autonomía del ente supervisor
El órgano de supervisión debe contar con independencia en su actividad supervisora, no estar sujeta a presiones políticas, económicas, para eso debe tener independencia operacional y un presupuesto adecuado.
- Legislación moderna
Las normas del derecho bancario deben establecer procedimiento ágiles, conceder suficiente seguridad, fuerza y autoridad al ente supervisor.

- Es punible la intermediación financiera no autorizada.

Sólo los bancos y otras sociedades financieras debidamente autorizadas pueden realizar intermediación financiera, es decir captar recursos de los particulares y darlos en préstamos, “comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera que sin estar autorizada de conformidad con la presente ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente de manera pública o privada , directa o indirectamente, por si mismo o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas , en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relaciones con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheque, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones , negocio de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza independientemente de la forma jurídica de formalización instrumentación o registro contable de las operaciones. En el caso de las personas jurídicas son responsables los administradores, gerentes, directores y representantes legales.

El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años inmutables, la cual excluye la aplicación de cualquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil “unidades de multa”, la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal.

Simultáneamente con a la imposición de la multa indicada, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere este artículo conforme al procedimiento establecido en la ley; en éste último caso, una vez concluida su liquidación, ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.” Artículo 96 de la Ley de bancos y

Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

No debe existir vínculo entre el banco y el otorgamiento de préstamos. Se da vinculación cuando el banco otorga préstamos a accionistas del banco o a otra entidad del mismo grupo financiero al que pertenece el banco; en cantidades que afecten su solvencia patrimonial. Esa vinculación anula la exigencia en la garantía de los préstamos otorgados, afectando la solvencia del banco. Además la vinculación elimina el servicio social del banco poniéndolo al servicio de intereses particulares. En Guatemala en el año 2001 éste fue el caso de los bancos Metropolitano, Promotor y Empresarial, creó un problema tanto para los ahorrantes como para el gobierno.

- Requerimiento y regulación prudente del capital.

Éste principio exige que el banco reserve en disponibilidad o, mejor aún, deposite en el Banco Central, un porcentaje mínimo del ocho por ciento de su activo, para garantizar los fondos recaudados de los ahorrantes. Además ese requerimiento de capital es una fuente de ingresos para los accionistas; da respaldo al banco; sirve afrontar un riesgo o absorber pérdidas, es base de un crecimiento adicional y da confianza. Aunque ese ocho por ciento es un promedio que, atendiendo a circunstancias particulares, puede ser mayor o menor, es a lo que se conoce como Encaje Bancario.

- Administración del riesgo crediticio

Los préstamos otorgados deben ser garantizados para asegurar la recuperación. La supervisión va en relación al monto, plazo de recuperación, destino, capacidad de pago, prórrogas concedidas.

- Concentración de riesgos

No debe otorgarse préstamos a pocas personas, o relacionadas entre sí. Esto hace recordar el viejo adagio de no poner todos los huevos en la misma canasta.

- Riesgos internacionales

La globalización financiera impone condiciones de negociación financiera de especial cuidado, a este respecto la supervisión financiera va encaminada en dos sentidos, primero: Permitir a bancos extranjeros abrir agencias o sucursales dentro del país y segundo: Permitir a bancos nacionales abrir agencias o sucursales en el extranjero. El principio recomienda que los supervisores bancarios estén en capacidad de controlar los llamados riesgos de país o riesgos de transferencia.

- Administración financiera adecuada y eficiente

La mala administración de una empresa privada aunque la lleve a la ruina afectará sólo a los propietarios, pero en el caso del banco que es una empresa que opera con el dinero ajeno que ha recibido en depósito y que debe reintegrar, su administración exige mucha más confianza, honorabilidad y capacidad en sus directores, gerentes o presidentes. Este principio debe ser aplicado en propio interés de los bancos, pues poco puede hacer la supervisión bancaria sobre tales medidas o requerimientos, pues son las mismas instituciones bancarias las que nombran a sus respectivos directivos.

Un auditor interno por ejemplo, sea por presión o complacencia puede presentar un balance irreal que no permita al supervisor bancario establecer la próxima crisis. Aunque la conducta de directores, gerentes o auditores será sancionada con la pena máxima que establezca el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, Artículo 271 “Comete el delito de estafa mediante informaciones contables, el auditor, perito contador, experto, director, gerente, ejecutivo, representante legal, intendente, liquidador, administrador, funcionario, o empleado de entidades mercantiles, bancarias, sociedades o cooperativas que en sus dictámenes o comunicaciones al público, firmen o certifiquen

informes , memorias o proposiciones, inventarios, integraciones, estados contables o financieros y consignen datos contrarios a la verdad o a la realidad o fueren simulados con el ánimo de defraudar al público o al Estado.

Los responsables serán sancionados con prisión incommutable y multa de cinco mil a diez mil quetzales.

De la misma forma serán sancionados quienes realicen estos actos con el fin de atraer inversión o aparentar una situación económica o financiera que no se tiene...”

Dichas sanciones no compensan el daño ocasionado a los ahorrantes, pues sin duda las consecuencias de una mala administración serán desproporcionadamente mayores.

- Comportamiento ético

La ética del banquero es específica, especial, reclama actitudes particulares entre las que se encuentran principalmente las siguientes:

a) Conocimiento del cliente: Esto para que no sea utilizado en captar dinero mal habido ni sea utilizado en financiar actividades ilícitas, para evitar esto fue creada la Ley de Libre Negociación de divisas, decreto 94-2000 del Congreso de la República.

Si bien el banco no está en obligación del investigar el origen del dinero depositado, si tiene la obligación de reportar a la entidad supervisora depósitos frecuentes o voluminosos que realicen los usuarios, esto permite por una parte evitar ser usado en el lavado de dinero, y por otra parte permite reconocer el llamado capital golondrina que sólo permanecerá depositado por tiempo breve en cuanto se transfiere a su verdadero destino. La tolerancia del banco hacia los capital provenientes de actividades ilícitas destruye el prestigio del banco y también afecta su solvencia.

b) Control de los fideicomisos: Mediante esta forma de contratación mercantil el fideicomitente a través del banco fiduciario, deposita grandes capitales a favor del fideicomisario, quien a la vez lo transfiere muchas veces fuera del país. De esta manera pueden trasladarse fondos que financien actividades del narcotráfico, terrorismo, secuestro y otros. Por esto el principio se ha extendido a "conozca a su cliente y al cliente de su cliente".

c) Limitación del secreto bancario: Anteriormente el secreto bancario era consagrado, pero en la actualidad dado el poder del capital proveniente del crimen organizado ha ido cediendo paso de ser un derecho consagrado hacia la persona a ser un derecho de mayor rango: El derecho de protección de la sociedad de delitos mayores. Es decir que es mejor sacrificar el secreto bancario para que la sociedad no reciba el daño de los delitos que puedan financiarse con el dinero protegido con el secreto bancario, que en Guatemala se ha vulnerado, tomando en cuenta que los bancos solo están obligados a dar información a la Superintendencia de Bancos y al Banco de Guatemala, por lo que si otras Institución ó persona necesita información debe de solicitarla por medio de dichas instituciones y nó directamente al Banco .

d) Control sobre accionistas y empleados

Desde la constitución de una entidad bancaria, debe establecerse un riguroso control sobre la honorabilidad de los accionistas y mantenerse ese control por todo el tiempo en que funcione el banco, pues de otra manera puede burlarse el control de la honorabilidad en el momento de endoso de las acciones. Igual control debe tener el banco sobre presidentes, gerentes, directores, jefes de agencia y empleados menores, pues el banco será vulnerable a cualquier crisis si no controla la honorabilidad en todos los niveles.

- Procedimientos de supervisión

Debe existir una doble supervisión, en primer lugar la realizada por el mismo banco sea mediante auditoria interna y auditoria externa y en segundo

lugar la supervisión realizada por el ente gubernamental de supervisión bancaria, ambas no son excluyentes sino complementarias aún en las legislaciones ya ha sido superado el concepto de "fiscalización bancaria" por el actual de "supervisión bancaria". Es decir, que *"El concepto supervisión para que sea eficaz debe entenderse siempre en su sentido amplio y extensivo por su propia naturaleza y por ser una función eminentemente pública, donde el interés tutelado es el interés público"*.¹⁰

La supervisión no es una limitación a la libertad de empresa ni una actitud absorbente o totalitaria, sino la garantía del banco que sus operaciones se encuentran dentro de los márgenes de seguridad eliminando los riesgos que pudieren aparecer en el desarrollo de la actividad bancaria. Aunque el fin de la supervisión es uno, suele clasificarse como supervisión de campo aquella realizada por la auditoría sea interna o externa y orientada hacia los siguientes aspectos:

- a) Exactitud en los balances que el banco presenta a la entidad supervisora.
 - b) La adecuada implementación del banco sobre la administración de riesgos y de los procedimientos de control interno.
 - c) La calidad en la cartera de préstamos y requerimientos de capital.
 - d) La eficiente administración
 - e) La implementación de los principios de contabilidad internacionalmente aceptados.
 - f) El cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico bancario.
- Supervisión sobre una base consolidada y combinada

Ante la globalización de la actividad bancaria, la interrelación de bancos nacionales y extranjeros o la interrelación de grupos financieros que manejan capitales proporcionalmente de importancia en la economía nacional, considero

¹⁰ Martínez Gálvez. **Ob. Cit.** Pág. 120

que una supervisión adecuada, consolidada y combinada será un instrumento valioso para focalizar un riesgo.

- Informaciones específicas y convenientes

En su quehacer, los bancos deben remitir informes a la entidad supervisora a efecto de demostrar el desempeño de sus actividades; si el ente supervisor detecta indicios de falsedad, debe iniciar las acciones penales correspondientes. También los gerentes y directores de los bancos deben denunciar las actividades ilícitas que detecten en los usuarios del banco.

- Publicidad y divulgación

El Código de Comercio impone la publicación de los estados financieros de una sociedad mercantil, pero en el caso de los bancos, la recomendación de publicidad va mucho más lejos, por su propia naturaleza, por los fines que persigue y el propio interés protegido de la colectividad. Por eso los bancos deben proporcionar al público información suficiente, veraz y oportuna sobre su situación económica-financiera, la calidad de los activos, la solvencia y la solidez patrimonial. Esta publicidad es una forma en que el mismo consumidor puede evaluar los riesgos de la entidad con la que negociará. La publicidad debe darse en forma masiva, y frecuente, La publicidad mencionada no es entonces una propaganda como medio de atracción de clientes, sino una forma de supervisión realizada por el mismo público. El banco que cumple con la ley y hace bien las cosas sobrevive y no teme a la divulgación de sus datos, el que los oculta posiblemente sucumba.

- Transparencia

La transparencia es una forma superior de la publicidad que recién comentamos. Es el reconocimiento que la supervisión es lenta, que va atrás de la dinámica bancaria; a cada cierto tiempo se están comercializando nuevos productos bancarios cada vez más sofisticados y de difícil comprensión que escapan a una supervisión eficiente. Es por ello que la transparencia exige la

publicidad de muchas condiciones de la situación de cada banco, con el objetivo de compararlos y de esa manera brindar la oportunidad al público en general de ver la situación real de cada banco y su posición dentro de la totalidad del sistema bancario. La transparencia exige publicar la siguiente información

- a) Resumen de los estados financieros
- b) Posición patrimonial del banco (patrimonio computable y patrimonio requerido).
- c) Promedio mensual de encaje (encaje computable y encaje requerido).
- d) Multas impuestas al banco y el motivo.
- e) Indicadores de liquidez, solvencia y rentabilidad.

Como podemos apreciar la relación entre la actividad bancaria y la actividad de supervisión bancaria, o son complementarias no son actividades opuestas. La actividad bancaria necesita de la segunda como garantía para que el público confíe en ella; la actividad supervisora sin actividad bancaria no existe.

CAPÍTULO III

3. La Superintendencia de Bancos

3.1 Ubicación y naturaleza

Existen algunas técnicas o formas de organización de la administración pública en que el Estado delega la autoridad en los distintos órganos administrativos, esas técnicas tienen fundamento en la Constitución de la República y son las siguientes.

La centralización o concentración administrativa

Es un resabio de la monarquía imperante en el siglo XVIII. Consiste en ordenar a los órganos de la Administración Estatal, bajo un orden jerárquico rígido. La decisión y la dirección le corresponden al órgano supremo de gobierno, colocado en el primer grado o cúspide de la escala jerárquica (presidente). Los otros órganos administrativos se encuentran subordinados y cumplen órdenes que siempre emanan del superior, ejecutándolas sin poder deliberar o cuestionarlas y sin tener mayor ámbito de decisión, sobre todo en materia política o de gobierno.

Los poderes que ejerce el órgano superior sobre el inferior son los siguientes

- a) Poder de nombramiento. Es el superior quien nombra al empleado inferior.
- b) Poder de mando (dar órdenes).
- c) Poder disciplinario.
- d) Poder de revisión (en caso de recurso de apelación conocerá el superior).
- e) Poder reglamentario (es el superior quien emite reglamentos que rigen la actuación del inferior).
- f) Poder de resolver conflictos de competencia (en caso de duda sobre quien conoce su asunto, lo decide el superior).

Las características de la centralización son: La existencia de un órgano jerárquico superior; la subordinación del órgano inferior y la unidad de mando desde el presidente hasta el último de los empleados del organismo ejecutivo.

La centralización ofrece como ventajas:

- a) El órgano superior se asegura el control político.
- b) Las políticas administrativas son uniformes.
- c) Los procedimientos administrativos son uniformes.
- d) La administración es más económica.
- e) El control y fiscalización es más efectivo.

No obstante también presenta las siguientes desventajas

- a) Hay centralismo burocrático, las oficinas se ubican en su mayoría en la capital.
- b) La administración se torna ineficiente en los territorios alejados de la capital.
- c) Las peticiones siguen un largo trámite hasta llegar al centro de decisión. (lo que ,
acrecienta la burocracia)
- d) En países con territorio extenso, se presenta falta de atención adecuada.

La desconcentración administrativa

Este sistema consiste en crear órganos administrativos que desarrollen una actividad o función específicas, sin que desaparezca su relación de dependencia jerárquica con un órgano superior; son dirigidas y operadas por personal técnico que proyecta su actividad a todo el territorio del Estado con base en lineamientos generales, patrimonio y presupuesto que les son asignados por ese órgano superior, de conformidad con el decreto legislativo o acuerdo gubernativo, que les da origen.

Podemos decir que la desconcentración es el tímido inicio de la descentralización porque presenta las siguientes características

- a) El sistema principal de organización sigue siendo la centralización.

- b) El órgano desconcentrado aunque es inferior de otro órgano tiene competencia para tomar decisiones técnicas que le permitan prestar el servicio público encomendado.
- c) Los órganos desconcentrados se especializan en la función asignada.
- d) Los poderes de nombramiento, revisión, y otros son facultad del superior.

Las ventajas de la desconcentración son las siguientes

- a) La acción administrativa es más rápida y flexible, llega mejor a todo el territorio.
- b) La acción administrativa se acerca a los particulares.
- c) Aumenta el espíritu de responsabilidad
- d) Se conserva la unidad del poder público.
- d) El servicio público mejora y es más económico.

Entre las desventajas de este sistema se encuentran las siguientes

- a) Los funcionarios tienden a desarrollar sus funciones con favoritismo político.
- b) Se aumenta la burocracia y de consiguiente el gasto público.
- c) Se utilizan recursos del Estado para satisfacer los fines de partidos políticos.

El procedimiento para desconcentrar un órgano administrativo es por disposición del Organismo Legislativo o del Organismo Ejecutivo en merito de una expresa delegación que le haya hecho el legislador o por medio de una ley y normas administrativas pura y simplemente.

En Guatemala como ejemplo de órganos administrativos desconcentrados podemos mencionar, el Instituto Guatemalteco de Turismo, el Instituto Nacional De Electrificación, las empresas portuarias, y la Superintendencia de Bancos, como adelante veremos.

- La Descentralización

Llamada también "*autarquía*" por la doctrina, éste sistema tiene por objeto limitar que un sólo órgano tenga la facultad de manejar todas las funciones ejecutivas del

Estado. La descentralización es una forma más efectiva a las aspiraciones democráticas, ya que da lugar a los interesados de hacer la designación de las autoridades que han de manejar los negocios que le son comunes, y por lo mismo ejercen sobre dichas autoridades un control que será por la vía de la opinión pública que unida a la posibilidad que tienen todos los vecinos de ese territorio, de elegir y ser electos, o sea que constituye una participación de la población en los negocios públicos.

En la descentralización al órgano administrativo se le asigna una función o competencia especial sobre una materia, se le concede personalidad jurídica, un presupuesto específico, y libertad técnica y financiera. Los vínculos entre el poder ejecutivo y el órgano descentralizado se encuentran relajados o ausentes. Posee los siguientes propósitos: consulta, decisión y ejecución.

La descentralización se otorga a un órgano administrativo atendiendo varios criterios:

- a) Por servicio: Obedece a que el Estado no puede olvidarse de los problemas de la población dado a lo numeroso y complejo de la misma y al no poder dar totalmente servicios, conviene concederlos a individuos o entidades técnicas, con lo cual se da cierta independencia.
- b) Por colaboración: Se origina cuando el Estado va adquiriendo más injerencia en la vida privada y como consecuencia se le presentan problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica y así la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.
- c) Por región: Se establece una organización admitiva determinada a manejar los intereses colectivos que correspondan la población de un territorio.

Las características de la descentralización son las siguientes

- a) Transfiere poder de decisión o competencia del poder central a una nueva persona jurídica de derecho publico, en otro espacio temporal.
- b) Otorga independencia a la nueva persona jurídica forma parte de la estructura estatal, pues lo que se le otorga es independencia funcional para que pueda gobernar en cuanto a la forma y modo de prestar el servicio público y cumplir con sus fines legales. La entidades descentralizadas deben gozar de relativa independencia política, para integrar sus órganos principales por medio de la participación de las personas que la conforman según la ley.
- c) Gozan de patrimonio propio y pueden manejar su presupuesto, sin embargo esta independencia financiera también es relativa, pues deben hacerlo conforme su ley orgánica y las otras leyes relativas a éste, controlados por la Contraloría General de Cuentas.
- d) Tienen independencia estatutaria y reglamentaria y pueden emitir sus propias normas legales, sin violar las leyes.
- e) Transferencia de poderes de decisión, resolución, proposición e información.
- f) Existe una cierta tutela sobre dichos entes descentralizados, por parte de la administración central.

ventajas de la descentralización administrativa:

- a) Se descongestiona a la administración central.
- b) Se profesionalizan quienes prestan el servicio. Los particulares se benefician porque reciben un servicio mas eficiente, técnico y generalizado en todo el territorio.
- d) El servicio se moderniza y sin llegar a lucro se torna autofinanciable.
- e) El patrimonio se utiliza con criterio económico y se racionalizan los beneficios entre toda la población y las utilidades se reinvierten para mejorar o ampliar el servicio.
- f) Se erradica el empirismo.
- g) Se aleja el espectro de la influencia político partidista.
- h) Los usuarios y los pobladores son quienes eligen a las autoridades de esas entidades.

- i) Los particulares también tiene la oportunidad de organizarse para prestar el servicio mediante la autogestión.

Desventajas de la descentralización

- a) Se crea un desorden de la administración pública.
- b) Se presenta un crecimiento exagerado de la burocracia.
- c) Existe una manipulación política en estas entidades y se otorgan puestos a políticos, sin ninguna preparación técnica.
- d) Los resultados no satisfacen a plenitud las necesidades.
- e) Si se generan perdidas éstas son absorbidas por el Estado al no cumplirse los objetivos planeados al crear estas entidades.

Siempre debe existir un control sobre las entidades descentralizadas y se hace mediante los siguientes mecanismos

- a) La transferencia de fondos del presupuesto general del Estado.
- d) El control permanente de la Contraloría General en el manejo de fondos.
- c) La emisión y reforma de las normas que le dieron origen;
- d) La aprobación por parte del Ejecutivo o el Legislativo de las tasa, arbitrios y demás contribuciones, así como de sus reglamentos.
- e) Facultad de intervenirla por mala administración.
- f) En el orden judicial estas entidades pueden ser objeto de control común (civil y penal), privativo (contencioso administrativo, económico coactivo), etcétera.

Autonomía

La autonomía es la forma más elevada de descentralización, con ella el órgano administrativo tiene su propia ley y se rigen por ella; está facultado para actuar en forma independiente, tiene también libre disposición para crear sus propias instituciones, y lo más importante tiene autofinanciamiento, sin recurrir al Presupuesto General del Estado. Además deben contar con sus propios recursos, un patrimonio propio, independencia total del organismo centralizado y sin más control que la

fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas de la Nación y los recursos administrativos (apelación, reposición) o las acciones de amparo e inconstitucionalidad. Cabe distinguir entre la autonomía constitucional que otorga la misma Constitución Política de la República y la autonomía ordinaria, que otorgan las leyes ordinarias. La primera tiene origen constitucional, es plena y por ende, tiene una autonomía técnica, administrativa, reglamentaria y financiera en donde sólo existe el control de la hacienda pública, la segunda es concedida por el legislador ordinario, por lo tanto, no es plena y puede ser, inclusive, suprimida por el mismo Organismo que la concedió.¹¹

3.2 Legislación aplicable

3.2.1 Constitución Política de la República

En su parte dogmática la Constitución Política de la República establece en el Artículo 118 que el régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social, que es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. Agrega en el Artículo 119 que son obligaciones fundamentales del Estado: ... k) Proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión; ... n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

La Constitución de la República establece asimismo en el último párrafo del Artículo 133, que la Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

¹¹ *Ibíd.* Pág. 198

No obstante que las referidas normas constitucionales están vigentes desde 1986, fue hasta el año 2002, cuando se emitieron varias leyes tendientes a modernizar la legislación que regula la actividad financiera y su respectiva supervisión.

A continuación analizaremos los aspectos más relevantes de tales leyes en relación a la supervisión bancaria, el lector advertirá cómo se ha tratado de incluir en ellas los Principios Básicos de Supervisión Bancaria del Comité de Basilea que ya resumimos en el capítulo segundo.

3.2.2 Ley de Supervisión Financiera

Contenida en el Decreto Legislativo 18-2002 que en su parte considerativa señala corresponde a la Superintendencia velar por el cumplimiento de las obligaciones que las leyes imponen a bancos y otras entidades financieras, a fin de evaluar el riesgo y proteger del público que confía sus ahorros en dichas entidades. En el Artículo 1 establece que la Superintendencia es un órgano de la banca central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, e instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casa de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y demás entidades que otras leyes dispongan. Se establece que la función de supervisión esta dirigida no solamente a los Bancos del sistema, pues también es mucho mas amplia en cuanto que tiene a su cargo la vigilancia de instituciones de crédito, entidades afianzadoras o otras. Así mismo La Superintendencia tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y 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.

Como podemos apreciar según el artículo transcrito, la Superintendencia, como órgano de la administración pública pertenece a los llamados *órganos desconcentrados*, o llamados también *órganos de descentralización por desconcentración*, pues por mandato constitucional tiene una función específica: "*la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga*" (Artículo constitucional 133 último párrafo) y para ello cuenta con independencia funcional, autoridad para que las entidades sujetas a su supervisión cumplan con sus obligaciones legales pero no tiene la facultad reglamentaria y se encuentra supeditada a un órgano superior que es la Junta Monetaria.

Se establece en los Artículo 4 y 5 de ésta ley, que la autoridad máxima es el Superintendente de Bancos, nombrado para un período de cuatro años por el Presidente de la República dentro de una terna propuesta por la Junta Monetaria. El Artículo 11 indica que el puede ser removido por haber sido condenado por delitos que impliquen falta de probidad, haber sido declarado en quiebra, o por el Presidente de la República a solicitud de la mayoría calificada de los miembros de la Junta Monetaria.

El Artículo 3 establece entre las funciones de la Superintendencia respecto a las entidades sujetas a sus supervisión, las siguientes:

- a) Cumplir y hacer cumplir las leyes de la materia.
- b) Supervisarlas para que mantengan liquidez, solvencia y que mantengan el control adecuados de los riesgos.
- c) Dictar instrucciones para subsanar deficiencias.
- d) Imponer las sanciones que procedan.
- e) Realizar vigilancia sobre la base de una supervisión consolidada.
- f) Publicar información suficiente, eficaz y oportuna sobre la situación financiera de las entidades sujetas a vigilancia, en forma individual o consolidada.
- g) Llevar el control de las entidades sujetas a supervisión.
- h) Solicitar a la autoridad correspondiente la liquidación o declaración de quiebra de entidades sujetas a vigilancia, cuando esto fuere pertinente.

- i) Proporcionar la información estadística que le requiera la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala o los Tribunales de justicia.
- j) Denunciar ante el Ministerio Público, los hechos de los que en el ejercicio de su función tenga conocimiento y que puedan constituir delito.
- k) Proponer a la Junta Monetaria la aprobación de reglamentos, disposiciones y demás normativa en materia de supervisión financiera.

Finalmente el Artículo 20 de ésta Ley establece que las resoluciones del Superintendente de Bancos en relación a las funciones de vigilancia e inspección será obligatorias, pero admitirán recurso de apelación ante la Junta Monetaria. Como puede apreciarse, con esta disposición se desvirtúa el mandato constitucional que es la Superintendencia a la que corresponde la supervisión de la actividad bancaria y financiera; la Junta Monetaria puede ser un órgano administrativo superior, pero en materia de supervisión bancaria y financiera no tiene competencia. Esto lo analizamos más detenidamente en el capítulo siguiente, pues constituye el motivo de la presente tesis.

3.2.3 Ley Orgánica del Banco de Guatemala

Se encuentra contenida en el Decreto Legislativo 16-2002, del Congreso de la República, aunque el Banco de Guatemala tiene funciones propias y específicas, complementa la actividad de supervisión bancaria y financiera que es realizada por la Superintendencia, en algunos aspectos que a continuación puntualizamos.

En la parte considerativa, la referida ley señala que el desarrollo financiero exige la existencia de un banco central moderno, cuyo objetivo fundamental es la estabilización del nivel general de precios y de esa manera crear y contribuir con el mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables para la economía nacional.

El Banco de Guatemala es una entidad autónoma, que tiene las siguientes funciones (Artículo 4)

- a) Es el único emisor de moneda nacional.
- b) Procura mantener un nivel adecuado de liquidez del sistema bancario.
- d) Recibe en depósito los encajes bancarios y depósitos legales a que se refiere la Ley del Banco de Guatemala.
- e) Administra las reservas monetarias internacionales.

Artículo 13 La Junta Monetaria, integrada conforme a la Constitución de la República ejerce la dirección suprema del Banco de Guatemala; se integra con los siguientes miembros,

- a) El Presidente, quien también lo será del Banco de Guatemala.
- b) Los ministros de Finanzas Públicas, de Economía, y de Agricultura Ganadería y Alimentación.
- c) Un miembro electo por el Congreso de la República,
- d) Un miembro electo por las asociaciones empresariales de comercio, industria y agricultura.
- e) Un miembro electo por los presidentes de los consejos de administración o juntas directivas de los bancos privados nacionales.
- f) Un miembro electo por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Artículo 26. Entre las atribuciones de la Junta monetaria se encuentran las siguientes

- a) Determinar y evaluar la política monetaria, cambiaria y crediticia.
- b) Velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario.
- c) Reglamentar los aspectos relativos al encaje bancario y al depósito legal.
- d) Reglamentar la cámara de compensación bancaria.
- e) Normar y ejecutar todas las actividades para cumplir el objetivo del Banco de Guatemala.
- f) Otras que le asignen las leyes de derecho bancario.

Las principales normas que relacionan al Banco de Guatemala con la Superintendencia de Bancos las resumimos de la manera siguiente:

Artículo 11 Para la elaboración de los estados financieros del Banco de Guatemala se observarán las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados, así como los estándares internacionales adoptados por la junta monetaria a propuesta de la Superintendencia.

Artículo 43 Los depósitos bancarios están sujetos a encaje bancario, el cual se calculará, en moneda nacional o extranjera, como un porcentaje de la totalidad de tales depósitos. Este encaje bancario deberá mantenerse constantemente en forma de depósitos de inmediata exigibilidad en el Banco de Guatemala, de fondos en efectivo en las cajas de los Bancos, y cuando las circunstancias lo ameriten, de Inversiones líquidas en títulos, documentos o valores, nacionales o extranjeros, de acuerdo con los reglamentos que emita la Junta Monetaria.

De igual manera están sujetos a encaje bancario otras operaciones pasivas, contingentes o de servicios que realicen los bancos, incluyendo las operaciones derivadas de fideicomisos en las que participe un banco como fiduciario, cuando con éstas operaciones a juicio de la Junta Monetaria, previo informe de la, se elude el encaje bancario. El encaje bancario no es embargable.

Artículo 44 Las operaciones pasivas, contingentes o de servicios, que realicen las entidades que, sin ser un banco forman un grupo financiero, así como las sociedades financieras sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia que no formen parte de un grupo financiero, está sujetas a un depósito legal cuando la Junta Monetaria previo informe de la Superintendencia, estime que tales operaciones constituyen captaciones de recursos financieros de naturaleza similar a las indicadas en el Artículo 43.

Artículo 48 En base a la política monetaria, cambiaria y crediticia determinada por la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala podrá otorgar crédito a los bancos del sistema, únicamente para solventar deficiencias temporales de liquidez, tomando en

cuenta para ello, un informe que sobre la situación patrimonial y de cartera del banco solicitante, le deberá presentar la Superintendencia.

Artículo 65 Cuando la posición del encaje bancario a que se refiere la presente Ley muestre deficiencia, la Superintendencia lo comunicará por escrito a los directores o gerentes del banco de que se trate e impondrá a éste una multa sobre el importe de la deficiencia, equivalente a una vez y media la tasa activa máxima de interés nominal que el banco con deficiencia en su encaje haya aplicado durante el período del cómputo de encaje.

3.2.4 Ley Monetaria

Ésta ley se encuentra contenida en el Decreto Legislativo Número 17-2002, y señala en su parte considerativa que la legislación bancaria antes de la emisión de ésta ley era de los años 1945 y 1946, por lo que es conveniente adecuar el referido marco legal a los cambios que se han generado en los mercados financieros y a las prácticas modernas de implementación de la política monetaria y financiera.

Los aspectos más relevantes de esta ley en relación al sistema bancario nacional se encuentran los siguientes:

- a) Establece como moneda nacional el "quetzal", cuya emisión y acuñación es atribución exclusiva del Banco de Guatemala.
- b) Establece las características de los billetes y monedas de las diversas denominaciones.
- c) Es libre la convertibilidad externa de la moneda nacional, así como la movilidad de capitales. (Artículo 9)

La relación entre la ley monetaria y el derecho bancario consiste en que, como vimos, la ley monetaria regula todo lo relativo a la moneda guatemalteca que es la el objeto con el que negocian los bancos y demás entidades financieras.

3.2.5 Ley de Bancos y Grupos Financieros

Sin lugar a dudas, ésta es la principal ley de derecho bancario guatemalteco, se encuentra contenida en el Decreto Legislativo 19-2002. Establece en su parte considerativa que el país requiere un sistema bancario, solvente, moderno y competitivo, que mediante la canalización del ahorro hacia la inversión contribuya al crecimiento sostenible de la economía nacional, y que de acuerdo con el proceso de apertura de las economías, debe ser capaz de insertarse adecuadamente en los mercados financieros internacionales. Agrega que **es necesario establecer la normativa que prevea lo atinente a grupos financieros y a los mecanismos de su supervisión consolidada** de acuerdo con las prácticas internacionales.

La relación entre la actividad bancaria y la correspondiente actividad supervisora se desarrollan paralelamente a lo largo de la ley. A continuación transcribimos las partes de los artículos de la Ley que nos interesan para el propósito de nuestra investigación; el lector fácilmente podrá advertir que en la ley se ha tratado de introducir los Principios Básicos de Supervisión Bancaria del Comité de Basilea que ya describimos en el capítulo segundo.

Objeto de la ley

Artículo 1 Se establece que la Ley tiene por objeto regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades operacionales y grupos financieros así como al establecimiento y clausura de sucursales de oficinas de representación de bancos extranjeros.

Artículo 2 Son "bancos" las entidades constituidas conforme a la ley sean nacionales o extranjeras.

Artículo 3 Las entidades que reciban depósitos tales como cooperativas, asociaciones comunitarias o mutualistas, se rigen por leyes especiales.

Artículo 4 Los bancos, sociedades financieras, grupos financieros, las empresas que conforman a éstos últimos, las oficinas de representantes extranjeros, se rigen por las leyes de derecho bancario.

Constitución y autorización

Artículo 7 La Junta Monetaria otorgará o denegará la autorización para la constitución de un banco local o la apertura de la sucursal de una banco extranjero. Para ello debe contar con dictamen previo de la Superintendencia. Para efectos del dictamen correspondiente, la Superintendencia deberá asegurarse, mediante las investigaciones que estime convenientes, sobre el cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Que el estudio de factibilidad presentado sea amplio y suficiente para fundamentar el establecimiento, operaciones y negocios de la entidad cuya autorización se solicita; estudio que incluirá sus planes estratégicos;
- b) Que el origen y monto del capital, las bases de financiación, la organización y administración, aseguren razonablemente el ahorro y la inversión;
- c) Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad y responsabilidad de los socios fundadores aseguren un adecuado respaldo financiero y de prestigio para la entidad;
- d) Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad, responsabilidad, así como los conocimientos y experiencia en la actividad bancaria, bursátil y financiera de los organizadores, los miembros del consejo de administración y los administradores propuestos, aseguren una adecuada gestión de la entidad;
- e) Que las afiliaciones, asociaciones y estructuras corporativas, a su juicio, no expongan a la futura entidad a riesgos significativos u obstaculicen una supervisión efectiva de sus actividades y operaciones por parte de la Superintendencia; y,
- f) Que se ha cumplido con los demás trámites, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa aplicable.

La Junta Monetaria en cualquier caso deberá, sin responsabilidad alguna y previo informe de la Superintendencia, y observando el debido proceso, revocar la autorización otorgada cuando se compruebe que él o los solicitantes presentaron información falsa.

Si el banco de que se trate fuere inscrito definitivamente en el Registro Mercantil y se comprobare el extremo a que se refiere el párrafo anterior, la Junta Monetaria deberá, previo informe de la Superintendencia, y sin responsabilidad alguna, revocar la autorización otorgada y solicitará a dicho Registro que proceda, sin responsabilidad de su parte, a cancelar la inscripción correspondiente. La Superintendencia también debe emitir dictamen favorable, para el inicio de actividades de un banco, su modificación, fusión, absorción o adquisición.

Artículo 13 Corresponde a la Superintendencia supervisar sobre la capacidad, honorabilidad y solvencia de los accionista y administradores del banco.

Capital

Artículos 15 al 19 La Superintendencia debe supervisar cada año el monto del capital pagado por el banco. Los bancos deberán presentar en el mes de enero de cada año a la Superintendencia, la información que contenga la integración de sus accionistas, así como el monto y porcentajes de participación de cada uno en el capital social de los mismos, referido al 31 de diciembre del año anterior, sin perjuicio de que ésta, en cualquier momento, requiera dicha información a la fecha que lo estime conveniente.

Administración Artículos 20 al 26

El nombramiento o cambio del consejo de administración del banco debe ser comunicado a la Superintendencia dentro de los quince días siguientes; si la Superintendencia determina que no tienen solvencia, honorabilidad, conocimientos o experiencia suficiente, ordenará que se nombren otros.

Grupos financieros Artículos 27 al 31

Grupo financiero es la unión de dos o más personas jurídicas que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas deberá ser banco, entre las cuales existe control común por relaciones de propiedad, administración o uso de

imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, según acuerdo, deciden el control común. Corresponde a la Junta Monetaria autorizar la conformación de los grupos financieros, previo dictamen de la Superintendencia.

La Superintendencia puede presumir la existencia de un grupo financiero cuando exista relación de afinidad e intereses entre varias entidades financieras (presencia común de accionistas; miembros de juntas directivas; consejos de administración, el otorgamiento de créditos en montos significativos). Dicha presunción faculta a la Superintendencia a declarar un grupo financiero de hecho, el cual estará obligado a declararse como tal. Todo grupo financiero actuará bajo la dirección, administración y control de una empresa controladora, la cual será autorizada por la Junta Monetaria previa dictamen de la Superintendencia.

Entidades de servicios financieros o de apoyo a bancos (Artículos 36 a 40)

Son las empresas que prestan servicios de tarjetas de crédito, arrendamiento financiero, operaciones de factoraje, otros servicios que califique la Junta Monetaria previo dictamen de la Superintendencia. Si estas empresas forman parte de un grupo financiero serán supervisadas por la Superintendencia en caso contrario no serán supervisadas por la Superintendencia pero si quedan obligadas a rendir los informes que ella les pida. Las empresas de apoyo son aquellas que sin asumir riesgo alguno, prestan al banco servicios de procesamiento de datos, cajeros automáticos, y otros servicios calificados por la Junta Monetaria previo dictamen de la Superintendencia.

Las operaciones de los bancos (Artículos 41 a 44)

Básicamente la ley permite que los bancos desarrollen actividades, pasivas, activas, de confianza, de servicio y de pasivos contingentes. La Junta Monetaria puede autorizar la realización de otras operaciones, previo dictamen de la Superintendencia. Los bancos deben prestar sus servicios en el horario anunciado, en caso de algún cambio, o de suspensión en el servicio lo autoriza la Superintendencia.

Prohibiciones y limitaciones del banco (Artículos 45 y 49)

Realizar operaciones financieras que impliquen especulación. Financiar la compra de sus propias acciones o recibirlas en garantía. Empezar actividades que no sean compatibles con su naturaleza bancaria. A las entidades del grupo financiero les es prohibido: otorgar financiamiento directa o indirectamente para la adquisición de acciones representativas de su capital, de la empresa controladora, de la empresa responsable o de cualquier otra empresa del grupo al que pertenezca; efectuar operaciones financieras o de prestación de servicios entre sí, en condiciones de plazo, tasas, montos, garantías y comisiones diferentes a las que utilicen en operaciones similares con terceros y realizar operaciones y prestar servicios financieros que la Junta Monetaria considere incompatibles con el negocio financiero.

Los bancos no pueden efectuar operaciones que implique otorgar financiamiento en ninguna forma en los porcentajes siguientes

- a) 15 % del patrimonio computable a una sola persona individual o jurídica, de carácter privado; o a una sola empresa o entidad del Estado o autónoma.
- b) 30 % del patrimonio computable a dos o más personas relacionadas entre sí o vinculadas que formen parte de una unidad de riesgo. Personas relacionadas: son dos o más personas individuales o jurídicas independientes a la institución bancaria que les concede el financiamiento, pero que mantienen una relación directa o indirecta entre sí, por relaciones de propiedad, de administración o de cualquier otra índole que define la Junta Monetaria. Personas vinculadas: son las personas individuales o jurídicas, relacionadas directa o indirectamente con la institución bancaria que les concede el financiamiento, por relaciones de propiedad, de administración o cualquier otra índole que defina la Junta Monetaria. Unidad de riesgo: la constituyen dos o más personas relacionadas o vinculadas que reciban y/o mantengan financiamiento de un banco. La Superintendencia presumirá la existencia de unidades de riesgo con base en criterios que incluyan razones de propiedad, administración, estrategias de negocios conjuntas y otros elementos debidamente fundamentados por la Superintendencia.

Administración de riesgos (Artículo 50 a 58)

Los bancos, antes de conceder financiamiento, deben cerciorarse razonablemente que los solicitantes tengan la capacidad de pago. La Superintendencia podrá, cuando lo estime necesario, evaluar la capacidad de pago de los deudores, para cuyo efecto el banco deberá poner a disposición de la misma, la información y toda la documentación que ésta le requiera. Cuando a juicio del Superintendente de Bancos, en determinados activos, contingencias y otros instrumentos financieros existan factores de riesgo que requieran la constitución de reservas o provisiones especiales adicionales a las indicadas en el primer párrafo del presente Artículo, deberá ordenar, en cada caso, la constitución de las mismas con el fin de cubrir el riesgo en la medida necesaria.

Contabilidad y divulgación de información (Artículos 59 a 62)

El registro contable de las operaciones que realicen las empresas reguladas por la presente Ley deberá efectuarse, en su orden, con base en las normas emitidas por la Junta Monetaria a propuesta de la Superintendencia y, en lo aplicable, en principios de contabilidad generalmente aceptados y en normas internacionales de contabilidad. La Superintendencia fijará procedimientos de carácter general para la presentación de estados financieros y de cualquier otra información de las empresas sujetas a su vigilancia e inspección. La consolidación de los estados financieros de las empresas que integran el grupo financiero debe realizarse por la empresa controlada o por la empresa responsable, de acuerdo con los procedimientos que para el efecto dicte la Superintendencia. A los auditores externos que incumplan las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales que deben observar cuando presten servicios a las entidades a que se refiere el presente artículo, les podrá ser cancelado su registro en la Superintendencia.

Los bancos deberán divulgar al público información suficiente sobre sus actividades y su posición financiera, la cual debe ser precisa, correcta y oportuna, conforme a las instrucciones generales que les comunique la Superintendencia. La empresa controladora o la empresa responsable deberá proporcionar a la

Superintendencia y divulgar al público la información individual y consolidada de las empresas que integran el grupo financiero, conforme a las instrucciones generales que emita la Superintendencia.

Confidencialidad de operaciones (Artículo 63)

Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero, los funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares o estas entidades. Se exceptúa de la limitación a que se refiere el párrafo anterior, la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y a la Superintendencia, así como la información que se intercambie entre bancos e instituciones financieras. Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia no podrán revelar la información a que se refiere el presente artículo, salvo que medie orden de juez competente.

Capital y reservas (Artículo 64 a 69)

Los bancos y las sociedades financieras deberán mantener permanentemente un monto mínimo de patrimonio en relación con su exposición a los riesgos de crédito, de mercado y otros riesgos, de acuerdo con las regulaciones de carácter general que para el efecto emita la Junta Monetaria, con el voto favorable de las tres cuartas partes del total de sus miembros, previo informe de la Superintendencia. El monto mínimo del patrimonio requerido para exposición de los riesgos indicados y las ponderaciones respectivas serán fijados por la Junta Monetaria con el voto favorable de las tres cuartas partes de los miembros que la integran, a solicitud de la Superintendencia. Dicho monto no podrá ser menor al equivalente del diez por ciento (10%) de los activos y contingencias, ambos ponderados de acuerdo a su riesgo. Las ponderaciones se determinarán por regulación de carácter general de la Junta Monetaria con base en las

mejores prácticas internacionales. En todo caso, cualquier modificación a los montos mínimos requeridos y a las ponderaciones del riesgo se aplicará en forma gradual y será notificada con prudente anticipación.

El patrimonio computable de un banco será la suma del capital primario más el capital complementario, deduciendo de la misma las inversiones en acciones de bancos nacionales y extranjeros, sociedades financieras, compañías aseguradoras, compañías afianzadoras, almacenes generales de depósito, empresas especializadas de servicios financieros, y el capital asignado a las sucursales en el exterior. El capital primario se integra por el capital pagado, otras aportaciones permanentes, la reserva legal y las reservas de naturaleza permanente provenientes de utilidades retenidas, y las aportaciones del Estado en el caso de los bancos estatales. El capital complementario se integra por las ganancias del ejercicio, ganancias de ejercicios anteriores, el superávit por revaluación de activos, otras reservas de capital, instrumentos de deuda convertible en acciones y deuda subordinada contratada a plazo mayor de cinco años. El superávit por revaluación de activos no se podrá distribuir hasta que se venda el activo revaluado. El capital complementario será aceptable como parte del patrimonio computable hasta por la suma del capital primario y la deuda subordinada cuyo plazo de emisión sea superior a cinco años y el superávit por revaluación de activos solo pueden computarse hasta el cincuenta por ciento (50%) del capital primario cada uno. Las pérdidas acumuladas y las del ejercicio corriente, y las reservas específicas para activos determinados de dudosa recuperación, se deducirán, en primer término, del capital complementario y, en caso de resultar insuficiente, del capital primario.

La posición patrimonial será la diferencia entre el patrimonio computable y el patrimonio requerido, debiendo mantenerse un patrimonio computable no menor a la suma del patrimonio requerido. Cuando el patrimonio computable sea menor al patrimonio requerido existirá deficiencia patrimonial, en cuyo caso deberá seguirse el procedimiento de regularización patrimonial contenido en esta Ley.

La empresa controladora o la empresa responsable deberá consolidar mensualmente los estados financieros de las empresas que integran el grupo financiero y hacer que se mantenga permanentemente por lo menos el monto legal mínimo de patrimonio, tanto en forma consolidada como individual para cada uno de sus miembros. El requerimiento consolidado no podrá ser inferior a la suma de los requerimientos patrimoniales exigidos por las normas correspondientes a cada una de ellas. Cuando alguna de las empresas integrantes del grupo financiero carezca de regulaciones sobre capital mínimo de riesgo, se aplicará a dicha empresa las disposiciones sobre adecuación de capital que, para estos casos, emita la Junta Monetaria.

La deficiencia patrimonial que resulte del proceso de consolidación de los estados financieros de las empresas que conforman, el grupo financiero deberá ser subsanada por la entidad controladora o la empresa responsable, para lo cual se aplicará la regularización patrimonial contenida en esta Ley.

Regularización, suspensión de operaciones y exclusión de activos y pasivos (Artículos 70 al 84)

Cuando un banco o una sociedad financiera presente deficiencia patrimonial deberá informarlo inmediatamente a la Superintendencia; de no hacerlo quedará sujeto a las sanciones previstas en esta Ley. Asimismo, dentro del plazo de cinco días siguientes a la fecha de su informe, deberá presentar a dicha Superintendencia, para su aprobación, un plan de regularización.

En caso la deficiencia patrimonial fuera determinada por la Superintendencia, el banco o la sociedad financiera deberá presentar el plan a que se refiere el párrafo precedente, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que la Superintendencia lo notifique al banco o a la sociedad financiera. La Superintendencia, en el plazo de cinco días siguientes a la fecha de presentación del plan por parte del banco o la sociedad financiera, lo aprobará, lo rechazará por considerarlo no viable, o le formulará 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 se lo notifique. La Superintendencia, 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 presente ley.

En todo caso, el banco o la sociedad financiera deberá iniciar las acciones que correspondan para subsanar la deficiencia patrimonial desde el momento en que ésta se determine. El banco o la sociedad financiera deberá ejecutar el plan de regularización aprobado por la Superintendencia, dentro del plazo fijado por ésta, el cual no podrá exceder de tres meses contado 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 a empresas vinculadas o relacionadas a ésta. Este fue el fundamento de la Junta Monetaria para la suspensión de Bancafé. El plan de regularización deberá contener como mínimo alguna o todas las medidas siguientes, según el caso:

- a) La reducción de activos, contingencias y/o la suspensión de operaciones sujetas a requerimiento patrimonial;
- b) La capitalización de reservas y/o utilidades necesarias para cubrir las deficiencias patrimoniales;
- c) El aumento del capital autorizado y la emisión acciones en el monto necesario para cubrir las deficiencias patrimoniales.
- d) El pago con sus propias acciones a sus acreedores, con el consentimiento de éstos;
- e) La contratación de uno o más créditos subordinados dentro de la estructura de capital del banco;

- f) La venta en oferta pública de un número de acciones del banco o la sociedad financiera que, colocadas a su valor nominal o a uno distinto, permitan subsanar total o parcialmente, según sea el caso, la deficiencia patrimonial, observando lo dispuesto en el Artículo 19 de esta Ley. Si el banco o la sociedad financiera no cuenta con suficiente capital autorizado para emitir el monto de acciones requerido, entonces, el capital autorizado se entenderá automáticamente incrementado por ministerio de la Ley, en la suma que fuere necesaria para cubrir la deficiencia; y,
- g) La enajenación o negociación de activos y/o pasivos.

Cuando la sucursal de un banco extranjero presente deficiencia patrimonial, la Superintendencia lo comunicará a la casa matriz, quien deberá subsanar la deficiencia dentro del plazo de treinta días, contado a partir de la fecha de la comunicación. En caso de no subsanarse dicha deficiencia, se le aplicará el régimen de suspensión de operaciones y exclusión de activos y pasivos a que se refiere la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley.

La Superintendencia 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 eficiencia patrimonial deberán rendir informes a la Superintendencia sobre su posición patrimonial, con la periodicidad que esta última determine. Los bancos y las sociedades financieras que estén sujetos a regularización por deficiencia patrimonial solamente podrán abrir nuevas agencias o sucursales con aprobación previa de la Superintendencia.

Cuando un grupo financiero presente deficiencia patrimonial, conforme lo establecido en el artículo 69 de esta Ley, la empresa controladora o la empresa responsable deberá informarlo inmediatamente a la Superintendencia; de no hacerlo quedará sujeta a las sanciones previstas en esta Ley, sin perjuicio de aplicar otras disposiciones legales que correspondan. Asimismo, deberá subsanar la deficiencia.

Si la empresa controladora o la empresa responsable no regulariza la deficiencia patrimonial que de conformidad con la Ley sea causa de disolución total de la empresa deficitaria de que se trate, la Superintendencia solicitará a juez competente la disolución correspondiente. En caso se trate de un banco o sociedad financiera se aplicará lo dispuesto en el capítulo II de este Título.

La empresa controladora o empresa responsable deberá rendir informes a la Superintendencia, con la periodicidad que ésta determine, sobre la posición patrimonial consolidada del grupo financiero e individual de cada una de las empresas integrantes. La Superintendencia mantendrá informada a la Junta Monetaria sobre los grupos financieros que presente deficiencias patrimoniales consolidadas. Los bancos también estarán obligados a presentar planes de regularización con los plazos y características mencionados en los Artículos 70 y 71 de esta Ley, cuando la Superintendencia detecte lo siguiente:

- a) Incumplimiento de manera reiterada de las disposiciones legales y regulatorias aplicables, así como de las instrucciones de la Superintendencia;
- b) Deficiencias de encaje legal por dos meses consecutivos o bien por tres meses distintos durante un período de un año;
- c) Existencia de prácticas de gestión que a juicio de la Superintendencia pongan en grave peligro su situación de liquidez y solvencia; y,
- d) Presentación de información financiera que a juicio de la Superintendencia no es verdadera o que la documentación sea falsa.

En los casos en que el banco esté obligado a presentar el plan de regularización a que se refieren los Artículos 70 y 73 de esta Ley, la Superintendencia 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. El delegado de la Superintendencia deberá asistir a las sesiones del Consejo de Administración, en caso de oposición al veto, las acciones legales que se ejerciten contra el mismo no suspenderán sus efectos.

Durante la vigencia de la regularización, la Superintendencia podrá remover y/o prohibir el ejercicio de uno o más de los directores o administradores. En este último caso, el delegado deberá convocar inmediatamente a una asamblea general extraordinaria de accionistas para que, de conformidad con la escritura social del banco de que se trate, se nombre a los nuevos miembros del consejo de administración. De igual manera, podrá remover a gerentes generales, gerentes, subgerentes, y cualesquiera ejecutivos. En todo caso, el cumplimiento o incumplimiento del plan de regularización, es responsabilidad de la administración de la entidad.

Causales de suspensión y régimen especial

La Junta Monetaria deberá suspender de inmediato las operaciones de un banco o de una sociedad financiera, en los casos siguientes:

- a) Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones; y,
- b) Cuando la deficiencia patrimonial sea superior al cincuenta por ciento del patrimonio requerido conforme esta Ley.

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

No se podrá solicitar la liquidación voluntaria ante el juez a menos que se obtenga la autorización previa de la Superintendencia, que sólo podrá ser otorgada cuando al menos hubiesen sido satisfechos íntegramente todas las acreedurías de la entidad. Mientras dure el régimen de suspensión, todo proceso de cualquier naturaleza o medida cautelar que se promueva contra el banco o la sociedad financiera de que se trate quedará en suspenso. Asimismo, durante la suspensión la entidad no podrá contraer nuevas obligaciones y se suspenderá la exigibilidad de sus pasivos, así como el devengamiento de sus intereses.

La suspensión de operaciones, en ningún caso, hará incurrir en responsabilidad alguna a las autoridades, funcionarios, entes, órganos o instituciones que hayan participado en la adopción de la medida respectiva. Los cheques girados contra el banco suspendido no se incluirán en las operaciones de la cámara de compensación, a partir del momento en que se disponga la suspensión de operaciones. La Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia, a más tardar al día siguiente de dispuesta la suspensión de operaciones, deberá nombrar una Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, conformada por tres miembros, quienes estarán relevados, como cuerpo colegiado o individualmente considerados, a prestar fianza o garantía por su actuación.

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. Por ministerio de la Ley y por razones de interés social, los derechos que incorporan las acciones de la entidad de que se trate quedan en suspenso y sus directores o administradores quedan separados de sus cargos.

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; además deberá llevar cuenta ordenada y comprobada de su gestión. Los miembros de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos del banco de que se trate, contra quienes se planteen procesos, juicios o demandas derivados de actos y decisiones adoptados de conformidad con la Ley en el ejercicio de sus atribuciones, funciones u obligaciones, tienen derecho a que el Banco de Guatemala cubra los gastos y costas que sean necesarios para su defensa.

Lo dispuesto en el párrafo que antecede se aplicará a aquellos miembros de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos del banco de que se trate, aún cuando ya no se encuentren en el ejercicio de dichos cargos, siempre y cuando los procesos, juicios o demandas que se planteen deriven de actos y decisiones adoptados de conformidad con la Ley en el ejercicio de las atribuciones, funciones obligaciones que les

correspondían. 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 y, en su caso, con cargo a las cuentas de capital;
- b) Disponer la exclusión de los activos en el balance de la entidad suspendida, por un importe equivalente o mayor al de los pasivos mencionados en el inciso c) de este artículo, y la transmisión de estos activos a un fideicomiso administrado por la entidad elegida por la Superintendencia; los activos excluidos se tomarán de acuerdo con normas contables, a su valor en libros, neto de provisiones, reservas y cualquier otro ajuste que determine la Superintendencia conforme a las normas y regulaciones prudenciales existentes.
- c) Excluir del pasivo todos los depósitos hasta por el monto cubierto por el Fondo para la Protección del Ahorro y los pasivos laborales. En caso que el valor estimado de los activos en el fideicomiso mencionado en el inciso b) de este artículo así lo permita, se excluirá también el resto de los depósitos a prorrata; y,
- d) 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 que para el efecto emita el fideicomiso a que se refiere el inciso b) de este artículo, neto de los costos de transacción autorizados por la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos. Para realizar dicha transferencia no se requiere el consentimiento del deudor o acreedor.

El presente artículo será reglamentado por la Junta Monetaria.

Los procesos iniciados y las medidas cautelares decretadas, que tiendan a afectar los activos excluidos, cuya transferencia hubiese sido dispuesta por la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos conforme a esta Ley, quedarán en suspenso.

El Fondo para la Protección del Ahorro podrá, a requerimiento de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, realizar aportes, aún sin contraprestación, al

Fideicomiso a que se refiere el Artículo 79 de la presente ley. Adicionalmente, el Fondo para la Protección del Ahorro podrá comprar a valor facial, los certificados de participación en el fideicomiso a que se refiere el Artículo 79 de esta ley, asimismo podrá celebrar contratos de compra venta sobre parte o la totalidad de dichos certificados.

En ningún caso el total de las erogaciones que efectúe el Fondo para la Protección del Ahorro podrá superar el monto de los depósitos del banco suspendido, cubiertos por la garantía de dicho Fondo.

La Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, dentro de los cinco días de concluida la transferencia de activos y pasivos a que se refiere el Artículo 79 de esta ley, rendirá informe por escrito a la Junta Monetaria sobre el resultado de su gestión.

En igual plazo, la Junta Monetaria, a petición de la Superintendencia, deberá revocar la autorización para operar de la entidad de que se trate. 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 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 a que se refiere el párrafo anterior, dentro del plazo de cinco días contado a partir del día en que reciba dicha solicitud. Para los efectos de la indicada declaratoria de quiebra, el juzgado tomará como base el balance proporcionado por la Superintendencia, que resulte después de efectuarse la exclusión y transmisión de activos y pasivos.

Cualquier saldo o remanente de valor que quedare en el fideicomiso a que hace referencia el inciso b) del Artículo 79 de esta Ley, una vez pagados todos los certificados de participación en el mismo, se trasladará al Fondo para la Protección del Ahorro, hasta por el monto aportado por éste al fideicomiso indicado; si queda algún remanente se trasladará a la liquidación judicial.

Sanciones (Artículos 96 al 103)

Comete delito de intermediación financiera quien sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente Ley o leyes específicas para realizar

operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero. El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años inmutables, la cual excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil "unidades de multa", la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal. Simultáneamente a la imposición de la multa indicada, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere este artículo conforme al procedimiento establecido en ley; en este último caso, una vez concluida su liquidación, ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.

Toda empresa que sin ser integrante de un grupo financiero actúe como si fuera parte del mismo será sancionada por la Superintendencia con multa diaria de quinientos a cinco mil unidades de multa, a partir de la fecha de notificación de la sanción y hasta que regularice su situación, sin perjuicio de que, si transcurridos dos meses no regulariza su situación legal, se le apliquen los regímenes de suspensión de operaciones y/o de liquidación establecidos en esta Ley.

Las infracciones que cometan los bancos, sociedades financieras y las empresas integrantes de grupos financieros, a cualesquiera que las disposiciones de esta Ley y otras que les sean aplicables, a las disposiciones que emita la Junta Monetaria, a su ley o escritura constitutiva, a reglamentos o estatutos, a órdenes administrativas o disposiciones de la Superintendencia, así como la presentación de informaciones, declaraciones o documentos falsos o fraudulentos, obstrucción o limitación a la supervisión de la Superintendencia, y cuando realicen o registren operaciones para eludir el encaje bancario, o que conlleven el incumplimiento de los requerimientos patrimoniales, serán sancionados por el órgano supervisor, con

observancia de los principios del debido proceso y del derecho de defensa, conforme lo dispuesto en la presente Ley.

Las infracciones a que se refiere el artículo anterior se sancionarán de la manera siguiente:

a) A los bancos, sociedades financieras y entidades fuera de plaza:

1. En la primera infracción, una sanción pecuniaria de quinientos a cuarenta mil unidades de multa de acuerdo con la gravedad de la infracción.
2. En la segunda infracción sobre un hecho de la misma naturaleza del hecho ya sancionado, una sanción igual al doble de unidades de multa impuesta en la primera infracción; y,
3. En la tercera infracción sobre un hecho de la misma naturaleza del hecho ya sancionado, una sanción igual al doble de unidades de multa indicadas en el numeral anterior.

b) A otras empresas integrantes de grupos financieros, cuyas leyes específicas no establezcan sanciones para las infracciones a que se refiere el Artículo 98 de la presente Ley, se aplicará una sanción de cien a diez mil unidades de multa de acuerdo con la gravedad de la infracción.

La imposición de las sanciones anteriores es sin perjuicio de que el Superintendente de Bancos pueda adoptar cualesquiera de las medidas preventivas que, a su juicio, sean necesarias para el reajuste de las operaciones a los límites y condiciones señalados en las disposiciones legales. Los ingresos por multas impuestas conforme este artículo incrementarán el Fondo para la Protección del Ahorro.

La Junta Monetaria reglamentará lo referente a la gravedad de las infracciones y al ciclo de recurrencia de las mismas, para los efectos de lo previsto en el presente artículo, así como el número de unidades de multa que serán aplicadas según la gravedad de la infracción.

Pago de multas (Artículo 100)

Dictada la resolución por la Superintendencia, por la que se impone la multa correspondiente, si la entidad afectada no interpone recurso de apelación o si habiéndolo interpuesto la Junta Monetaria lo declara sin lugar, se procederá de la manera siguiente: En el caso de los bancos y sociedades financieras, la resolución se hará del conocimiento del Banco de Guatemala quien sin más trámite debitará la respectiva cuenta encaje o cuenta de depósito legal, con el importe de la multa; en los demás casos, las multas deberán pagarse en el plazo máximo de diez días, contado a partir de la fecha de notificación de la resolución que las imponga, la cual constituye título ejecutivo. De no cancelarse en el plazo establecido, serán cobradas por la Superintendencia en la vía económico coactiva.

Los miembros del consejo de administración, el gerente general, gerente, subgerentes, representantes legales, mandatarios, auditores y demás ejecutivos que resulten responsables de infracciones que afecten la situación financiera, pongan en peligro la solvencia o liquidez de sus respectivas entidades, que tiendan a ocultar información, distorsionar las cifras de los estados financieros de las entidades, o eviten que se conozcan aspectos de las mismas o que afecten intereses de terceras personas, sin perjuicio de plantear las acciones legales que correspondan, serán sancionados, con observancia de los principios del debido proceso y del derecho de defensa, a requerimiento de la Superintendencia, por el consejo de administración, junta directiva, o quien haga sus veces, de la entidad de que se trate, de la manera siguiente:

- a) En la primera infracción, apercibimiento por escrito;
- b) En la segunda infracción, sobre un hecho de la misma naturaleza del hecho ya sancionado, deberá inhabilitarles por un mes para ejercer sus funciones en la entidad;
- c) En la tercera infracción, sobre un hecho de la misma naturaleza del hecho ya sancionado, deberá inhabilitarles por seis meses para ejercer sus funciones en la entidad; y,

d) En la cuarta infracción, sobre un hecho de la misma naturaleza del hecho ya sancionado, deberá removerlo de su cargo.

No obstante lo anterior, si la gravedad de la falta cometida lo amerita, el Superintendente de Bancos podrá requerir al consejo de administración, junta directiva, o quien haga sus veces, para que remuevan inmediatamente a las personas a que se refiere este Artículo. Sobre las sanciones impuestas, por parte del consejo de administración, junta directiva, o quien haga sus veces, se deberá informar a la Superintendencia en un plazo de tres días contado a partir de la notificación al sancionado.

Toda persona individual o jurídica que utilice en su razón social o denominación, nombre comercial o descripción de sus negocios, según sea el caso, las palabras "banco" , "banquero", "financiera", "financidora", "operaciones bancarias", "grupo financiero" u otras derivadas de dichos términos, sin estar autorizada conforme esta Ley, será sancionada por la Superintendencia, con una multa diaria no menor de cien, ni mayor de quinientas unidades de multa a partir de la fecha de notificación de la sanción y hasta que regularice su situación.

El valor de cada "unidad de multa" será de un dólar de los Estados Unidos de América, o su equivalente en quetzales al tipo de cambio de referencia establecido por el Banco de Guatemala, vigente a la fecha de la imposición de la sanción.

Medio de impugnación

Las resoluciones del Superintendente de Bancos con relación a sus funciones de vigilancia e inspección serán obligatorias pero admitirán recurso de apelación ante la Junta Monetaria. No son apelables las resoluciones de la Superintendencia que cuenten con la aprobación de la Junta Monetaria, de acuerdo con la Ley, ni las que la Superintendencia emita para ejecutar resoluciones de la propia Junta Monetaria sobre casos específicos que involucren a la entidad de que se trate. La interposición del recurso de apelación, no tiene efectos suspensivos, por lo que la resolución apelada es de cumplimiento inmediato y obligatorio. La Junta Monetaria, a petición de parte, podrá

acordar la suspensión de los efectos de la resolución impugnada, en caso de que el perjuicio que le cause a la entidad apelante sea grave. La Junta Monetaria resolverá el recurso de apelación dentro de un plazo de treinta días a partir de la fecha en que lo haya recibido.

Cuotas de inspección

Los bancos y las sociedades financieras costearán los servicios de vigilancia e inspección de la Superintendencia, para lo cual deberán aportar a ésta una cuota anual que será calculada en relación con el activo de tales instituciones, según su balance general de cierre del ejercicio anterior y, para los nuevos bancos y nuevas sociedades financieras, según el balance general con que inicien sus operaciones. En ambos casos, la cuota no excederá del uno por millar sobre el activo de las instituciones, deduciendo de dicho activo el efectivo en caja y los depósitos de inmediata exigibilidad que en concepto de encaje bancario o depósito legal, según el caso, mantengan en el Banco de Guatemala.

Entidades fuera de plaza (Artículos 112 a 114)

Se entenderá por entidades fuera de plaza o entidades *off shore*, para los efectos de esta Ley, aquellas entidades dedicadas principalmente a la intermediación financiera, constituidas o registradas bajo leyes de un país extranjero, que realizan sus actividades principalmente fuera de dicho país. Para operar en Guatemala éstas entidades deberán obtener la autorización de funcionamiento de la Junta Monetaria, previo dictamen de la Superintendencia, declarar que forman parte de un grupo financiero de Guatemala, y acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que incondicional e irrevocablemente acepten en forma escrita quedar sujeta a la supervisión consolidada de la Superintendencia de Guatemala, en los términos señalados en el artículo 28 de la presente Ley, y a la normativa contra el lavado de dinero u otros activos;
- b) Que presenten toda la información periódica u ocasional que le sea requerida por la Superintendencia y por el Banco de Guatemala, la cual podrá ser

verificada en cualquier momento por la Superintendencia. La información sobre sus operaciones activas y contingentes deberá ser presentada en forma detallada. La información sobre las operaciones pasivas deberá ser presentada en forma agregada y sin revelar la identidad de los depositantes o inversionistas;

- c) Que acrediten ante la Superintendencia de Guatemala, que autorizó a las autoridades supervisoras de su país de origen para realizar intercambio de información referente a ella;
- d) Que las autoridades supervisoras bancarias de su país de origen apliquen estándares prudenciales internacionales, al menos tan exigentes como los vigentes en Guatemala, relativos, entre otros, a requerimientos mínimos patrimoniales y de liquidez. De no ser así, se sujetará a las normas prudenciales y de liquidez que fije la Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia para estas entidades, y que podrán ser las mismas o el equivalente, en su caso, de las aplicadas a los bancos domiciliados en Guatemala;
- e) Que las empresas controladoras o las empresas responsables, según el caso, de los respectivos grupos financieros se comprometan por escrito a cubrir las deficiencias patrimoniales de sus entidades fuera de plaza, en defecto de éstas; y,
- f) Que comuniquen por escrito a sus depositantes que los depósitos que hayan captado o que capten, no están cubiertos por el Fondo para la Protección del Ahorro.

Las entidades fuerza de plaza que no obtengan autorización de funcionamiento o que una vez autorizadas para funcionar incumplieren los requisitos que dieron lugar a dicha autorización, no podrán realizar intermediación financiera en Guatemala ni directamente ni por medio de terceros. Se entenderá por terceros a cualquier persona individual o jurídica que participe en cualquier fase del procedimiento que se utilice para la captación de recursos del público en Guatemala, con destino a dichas entidades fuera de plaza. Si realizaren intermediación financiera con violación

a lo dispuesto en este párrafo, quedarán sometidas a lo estipulado en el Artículo 96 de esta Ley.

La Junta Monetaria, previo informe de la Superintendencia, podrá revocar la autorización de funcionamiento de las entidades fuera de plaza o entidades *off shore*, cuando incumplan uno o más requisitos exigidos para su funcionamiento.

3.2.6 Ley de Sociedades Financieras Privadas

Contenida en el Decreto Ley 208 del Congreso de la República fue promulgada en mayo de 1964, época en que la actividad bancaria y financiera no tenía en auge que tomó treinta años después. En su parte considerativa señala que es conviene emitir disposiciones legales que permitan la creación de entidades financieras, a efecto de proveer a los empresarios de los recursos necesarios para la fundación de nuevas empresas y ampliación de las existentes; agrega que es necesario propiciar la creación de Instituciones de crédito modernas que cumplimenten eficazmente la función de los Bancos comerciales e hipotecarios, los cuales tienen limitaciones operativas por razones de su propia naturaleza y que mediante la creación de instituciones financieras modernas se puede estimular una mayor inversión de capitales que actualmente permanecen ociosos; y que en la misma forma se estimula el ahorro y la inversión por parte del público;

Básicamente esta ley regula a aquellas entidades que realizando actividades de intermediación financiera, son están constituidas como bancos ni pertenecen a un grupo financiero. La ley les impone entre otras obligaciones:

- a) Constituirse como sociedades anónimas.
- b) Estar sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Bancos,
- c) No otorgar préstamos a empresas domiciliadas fuera de Centroamérica.
- d) Su constitución se rige por la Ley de Bancos y Grupos Financieros

Por su parte la Ley de Bancos y Grupos Financieros en su Artículo 111 pagar a la Superintendencia de Bancos por servicios de vigilancia e inspección una cuota anual no menor del uno por millar sobre su capital.

3.2.7 Ley de Libre Negociación de divisas

Contenida en el Decreto 94-2000 del Congreso de la república, en su artículo 1 establece: es libre la disposición, tenencia, contratación, remesas, transferencias, compra, venta, cobro y pago de y con divisas y serán por cuenta de cada persona individual o jurídicaEs igualmente libre la tenencia y manejo de depósitos y cuenta en moneda extranjera así como operaciones de intermediación financiera, tanto en bancos nacionales como en bancos del exterior, las operaciones activas, pasivas, de confianza y las relacionadas con obligaciones por cuenta de terceros que en moneda extranjera realicen los bancos del sistema y las sociedades financieras privadas, se rigen en lo aplicable, por lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria, en la Ley de Bancos, en la Ley de Bancos para el ahorro y préstamo para la vivienda familiar, en las Leyes específicas de las instituciones bancarias y financieras, en la Ley de Sociedades financieras privadas y en las disposiciones dictadas por la Junta Monetaria y por la Superintendencia de Bancos.

En el Artículo 3 de dicha Ley (ley de libre negociación de divisas) establece en su parte conducente. La Superintendencia de Bancos ejercerá la vigilancia e inspección de las casa de cambio, en cuanto a sus operaciones cambiarias y deberá observar las disposiciones que para el efecto dicte la Junta Monetaria, el costo de la vigilancia e inspección de las casa de cambio será determinado por la Junta Monetaria y cubierto por dichas entidades.

Como ya lo hemos afirmado varias veces en el presente trabajo de tesis, La Superintendencia de Bancos no se dedica exclusivamente a la inspección y vigilancia de las instituciones bancarias si no va mucho mas allá y es lo que precisamente desarrollaremos en siguiente capítulo,

CAPÍTULO IV

4. Necesaria autonomía de la Superintendencia de Bancos

4.1 La superintendencia como un órgano desconcentrado

Como analizamos en el capítulo tercero, la Superintendencia es un órgano de la administración pública de los llamados desconcentrados, porque no obstante que por mandato constitucional tiene una función única y específica, que consiste en supervisar la actividad bancaria y financiera en todo el territorio nacional sobre las sociedades sujetos de derecho bancario. Esta actividad no es compartida ni siquiera con el órgano administrativo superior: la Junta monetaria, pues a ésta la misma Constitución Política le asigna una función también únicas y específicas que consisten en: la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país; velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional, pero en ninguna forma le asigna facultad para supervisar la actividad bancaria y financiera.

La Superintendencia de Banco es entonces la autoridad exclusiva en materia de supervisión bancaria y financiera, y aunque tiene su propia ley, que le da capacidad para contraer obligaciones, tiene un presupuesto para el desempeño de sus actividades pero, depende de un órgano superior que ejerce sobre ella, el poder reglamentario, el poder de revisión, aún el poder de nombramiento, pues es la junta monetaria la que propone la terna de la cual el Presidente de la República escoge a quien será el titular de la Superintendencia. Es por esto que afirmamos éste órgano administrativo pertenece a los llamados desconcentrados.

Al decir la ley de Supervisión Bancaria en su Artículo 1 que la Superintendencia es un órgano de la banca central; eminentemente técnico, "*...que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria*" prácticamente queda bajo la sujeción de ella, pues la "*dirección general*" implica dictar normas de tipo general, abstractas,

indeterminadas e impersonales, susceptibles de ser aplicadas a casos concretos que se presenten en la función de supervisión y también comprende el dictar políticas administrativas que se consideren convenientes en la supervisión.

La Superintendencia tiene entonces sólo una independencia funcional y muy relativa porque las directrices políticas y reglamentarias dimanar de la Junta Monetaria. Pero ¿Cómo puede tener independencia funcional si está bajo una dirección general? El Artículo 1 de la Ley de Supervisión Bancaria establece ambas condiciones a la Superintendencia; por eso el concepto "*dirección general*" se refiere al carácter político no técnico; en lo técnico prevalece la independencia funcional y la función técnica, es decir que la Superintendencia decide cuándo, donde y cómo ejerce su función supervisora.

4.2 Necesidad de concederle autonomía

La Superintendencia de Bancos desempeña una actividad importante porque supervisa una actividad catalogada como un servicio público y que tiene un efecto grande en la economía nacional. A los bancos acuden en masa desde los ahorrantes minoritarios, los empresarios que requieren préstamos para sus proyectos, además las actividades financieras se han desarrollado en forma acelerada, los servicios son cada vez más sofisticados, por ejemplo la realización de operaciones electrónicas, las transferencias internacionales, el uso de la tecnología en las telecomunicaciones, etcétera. La supervisión de tales actividades requieren un conocimiento especializado, que la Superintendencia debe tener para detectar en forma rápida el desempeño anormal de una entidad financiera, ordenar los procedimientos correctivos pertinentes y de esa manera evitar una crisis.

Es por esto que la Ley de Supervisión Financiera exige como requisitos para ser superintendente de Bancos, ser guatemalteco de origen, mayor de treinta años, de reconocida probidad, tener el grado académico mínimo de licenciatura en las ciencias contables o jurídicas y en éste último caso con especialización en el área financiera o

económica, además debe acreditar poseer notoria competencia en técnica bancaria o supervisión bancaria.

En el desempeño de su función supervisora, el Superintendente de Bancos emite resoluciones que muchas veces van en contra de la voluntad de la entidad financiera, y en aras del debido proceso, la ley establece en el ya transcrito Artículo 104 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, que otorga la facultad de apelar las resoluciones; pero es aquí donde se pierde la especialidad de la supervisión bancaria, porque por la vía de la apelación es la Junta Monetaria la que tiene la última palabra sobre la resolución impugnada, porque como bien se puede apreciar en las normas de derecho bancario que oportunamente transcribimos, en la mayoría de casos la ley exige que en toda resolución de la Junta Monetaria en relación a supervisión bancaria y financiera exista **un previo dictamen de la Superintendencia**, tal dictamen no es vinculante, pues no existe una norma que obligue a que la Junta Monetaria resuelva en base a dicho dictamen.

Es con el conocimiento en segundo grado que tiene la Junta Monetaria sobre las resoluciones de la Superintendencia donde se pierde la finalidad y el sentido de la supervisión financiera porque la Junta Monetaria no es un órgano técnico y porque además, las personas que la integran, que como oportunamente vimos son: El Presidente del Banco de Guatemala; tres ministros de Estado, (finanzas, economía y agricultura); representantes de cuatro sectores, (Congreso de la República, sector empresarial; los bancos privados y uno por Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos), estas personas tienen muchos intereses políticos y escasos conocimientos de supervisión bancaria lo cual nulifica la función supervisora.

El Artículo uno de la Ley de Supervisión Financiera en la parte que señala que la Superintendencia "*actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria*" incluso riñe con la Constitución pues ésta como ya lo hemos mencionado, asigna la supervisión financiera en forma exclusiva a la Superintendencia. Además que como ya quedó apuntado, el mismo Artículo 133 Constitucional asigna a la Junta Monetaria la función

de determinar la política monetaria, cambiaria y crediticia, pero ninguna de vigilancia e inspección financiera.

Someter la superintendencia de Bancos a la dirección general de la Junta Monetaria, es poner en riesgo o debilitar la función de vigilancia, inspección y supervisión en su sentido lato. Para una buena supervisión es fundamental que haya autonomía administrativa, funcional y técnica, porque en ésta medida se garantizará la estabilidad bancaria y financiera, la administración de los capitales ajenos y el fortalecimiento del sistema bancario nacional.¹²

4.3 Estructura propuesta

Desde la creación de la Superintendencia se ha visualizado la necesidad de que no esté sujeta a presiones para el buen desempeño de su función, y es por eso que se han probado varias formas para el nombramiento del superintendente. En la actualidad lo nombra el Presidente de la República dentro de una terna propuesta por la Junta Monetaria.

Consideramos que el párrafo final del Artículo 133 de la Constitución de la República ya varias veces referido, constituye un fundamento legal suficiente para otorgarle autonomía a la Superintendencia, autonomía que puede considerarse como autonomía constitucional según lo que al respecto expusimos en el capítulo tercero. Éste órgano administrativo debe tener la facultad de determinar sus propias políticas, de decidir sobre los asuntos que son de su competencia, de administrarse así mismo y de tener su propio presupuesto y patrimonio. Esto dado el desarrollo y globalización de la actividad financiera, es impostergable. La eficacia de la entidad estará determinada, por su grado de autonomía, de la cual dependerá en que se ejerza la supervisión, lo que necesariamente implica la calidad y capacitación de su personal, el alcance y oportunidad de sus intervenciones, los mecanismos administrativos y fundamentos

¹² Martínez, Gálvez. **Ob. Cit.** Pág. 201

para hacer valer su autoridad y una organización adecuada con formas y procedimientos definidos de actuación. La autonomía daría una alta especialización en las actividades de supervisión, le hace estar libre de los vaivenes políticos, sería más transparente y estrictamente técnica.

- Órganos y privilegios

Es de hacer notar que la denominación "*Superintendencia de Bancos*" es inadecuada, pues como oportunamente vimos la actividad realizada por los bancos sólo es una especie de toda la actividad financiera (aseguradoras, reaseguradoras, casa de bolsa, factoraje, afianzadoras, entidades fuera de plaza, etcétera). La llamada "*Superintendencia de bancos*" debiera llamarse "*Superintendencia financiera*".

La "*Superintendencia financiera*" como entidad autónoma debe estar integrada por la Comisión Nacional de Supervisión Financiera, integrada por tres miembros nombrados por el Congreso de la República de una terna de quince candidatos propuestos por El Colegio de Economistas, Contadores, Administradores de Empresas y Auditores Públicos electos en Asamblea General. Además debe nombrarse un Superintendente de Bancos nombrado por la Comisión. Todos nombrados para un período cinco años en períodos que no coincidan con la elección del Congreso de la República y debiendo llenar los requisitos que actualmente se le piden al Superintendente. Tanto los miembros de Comisión como el Superintendente deben tener derecho a antejuicio. Esta estructura además permite el nombramiento de otros superintendentes especializados en cada una de las actividades financieras.

- Presupuesto

Como entidad autónoma debe contar con una asignación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado; las cuotas que deben pagar los bancos y entidades supervisadas, pues un aparato supervisor débil e inadecuado, no solamente es un factor potencial de desequilibrio para el

conjunto de la economía, sino que va en demérito del valor intrínseco de las instituciones financieras, las cuales en sana lógica deben ser las primeras interesadas y las primeras beneficiadas de una adecuada supervisión, que genere la necesaria confianza en los usuarios del servicio bancario y financiero.¹³ El autor Martínez Gálvez indica que también puede fortalecerse el presupuesto del ente supervisor con los fondos provenientes de las multas que en el ejercicio de la función supervisora se impongan. Al respecto consideramos que en aras de una supervisión técnica e imparcial es preferible que las mencionadas multas fortalezcan el Fondo de Protección a los ahorrantes (FOPA), destino que actualmente tienen, pues si el ente supervisor es quien se beneficia con tales fondos puede interpretarse que tendrá interés en imponer multas, lo que le hace perder la objetividad en la supervisión.

- Autonomía funcional

Como toda entidad autónoma, la entidad supervisora debe dictar su propia organización funcional, sus procedimientos operativos, y su régimen de personal (requisitos, capacitación, remuneración, estabilidad, eficiencia y vocación de servicio). Toda la funcionalidad del ente debe estar en armonía con las normas de supervisión recomendada por el Comité de Basilea, mismas que se utilizan en países desarrollados.

- Equipo

El ente supervisor debe tener el equipamiento de la tecnología que su actividad requiera, además una legislación con procedimientos modernos de supervisión que a la vez permitan utilizar esa tecnología. Se debe implementar mecanismos de previsión de la crisis. Los mecanismos de vigilancia preventiva son un antídoto eficaz para protegerse de la crisis.

¹³ Martínez, Gálvez. **Ob. Cit.** Pág. 206

- Independencia de los Organismos del Estado.

Uno de los beneficios de la autonomía debe ser su independencia de cualquier otro órgano del Estado, sobre todo de los Organismos Ejecutivo y Legislativo que tienen por naturaleza la actividad política, y “No es aconsejable combinar los aspectos políticos con los técnicos, porque de ello no se puede esperar nada bueno.”¹⁴ Otro beneficio de la autonomía es la especialización en la supervisión de los riesgos. En la intermediación financiera realizada por los bancos el riesgo es de una naturaleza, distinto al riesgo de otras actividades financieras, por ejemplo el de las aseguradoras. Con la creación de la Comisión Nacional de Supervisión Financiera, pueden crearse Superintendencias especiales para otras actividades que si bien son financieras, no son bancarias. En la forma actual, la Superintendencia lo hace todo y es claro que en sus limitaciones corre el riesgo del reducir prioridades en un sector para dárselas a otro y se dificulta la especialización sobre problemáticas específicas, dada la diversidad de instituciones a controlar.

Otra se las incongruencias de la forma actual en que se encuentra la Superintendencia, es que debe supervisar también al Banco de Guatemala, cuyo ente rector es la Junta Monetaria, que a la vez tiene "*bajo su dirección general*" a la Superintendencia lo que configura un círculo vicioso antitécnico y aún ilegal.

En el ámbito internacional los organismos han recomendado también que el ente supervisor deba tener las siguientes características a) autonomía, b) estar formado por profesionales altamente calificados en auditoría, abogacía e informática y c) ser un ente dinámico, ágil, adaptarse rápidamente a las cambiantes condiciones financieras.

- Atribuciones de la Comisión Nacional de Supervisión Financiera

Las atribuciones que corresponderían a la comisión serían las que actualmente la ley asigna a la Junta Monetaria como órgano administrativo

superior de la Superintendencia, en consecuencia serían facultad de ella, el poder de nombramiento, el poder de revisión, el poder reglamentario, y otras. Además de la misma forma que actualmente la Constitución de la República, establece en la parte final del Artículo 132 que los actos y decisiones de la Junta Monetaria, están sujetos a los recursos administrativos y al de lo contencioso-administrativo y de casación; así también los actos de la Comisión Nacional de Supervisión Financiera deben estar sujetos a principio de juridicidad que rige toda la administración pública.

De lo expuesto debe entenderse que las resoluciones del Superintendente de Bancos (o Superintendente de Seguros u otros específicos que pudieran crearse) pueden ser apeladas ante la Comisión Nacional de Supervisión Financiera y contra las resoluciones de ésta puede interponerse el recurso de reposición contemplado en la ley de lo contenciosos administrativo. Es pertinente tener presente que la característica especial de las resoluciones en materia de supervisión bancaria, según el párrafo final del Artículo 5 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros es que "los actos administrativos y resoluciones que dicten, tanto la Junta Monetaria como la Superintendencia en aplicación de las leyes y reglamentos aquí indicados, observando el debido proceso, serán de acción ejecutiva y aplicación inmediata.

Si bien las resoluciones en materia de supervisión bancaria son actos administrativos como cualquier otro, éstos son aplicados en ejercicio de una función pública y por esto son actos unilaterales, dotados de fuerza coactiva, y que para su eficacia no necesitan contar con el consentimiento de los destinatarios, ni siquiera darles audiencia. Esto no viola la garantía individual de derecho de defensa consagrado tanto en el Artículo Constitucional 12 como en el Artículo 4 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad, porque existen otros medios de defensa como la apelación y la reposición con

¹⁴ *Ibíd.* 209

los que la entidad que se considere afectada puede hacer valer los argumentos de su defensa.

Dar audiencia no tiene cabida en materia de supervisión financiera, porque la decisión contenida en la resolución se toma en ejercicio de una función pública y que además se estima adecuada, legal y oportuna, con lo cual al oírlo, previamente a dictar una instrucción, sería tanto como tomar su parecer al respecto y crear por tanto, un proceso de cognición que no es propio del ámbito administrativo, mucho menos de la supervisión, es crear un contradictorio que no tiene cabida. La no inmediata ejecución de una resolución, puede incluso ser el comienzo de una crisis.

En la forma actual la Junta Monetaria, al resolver una apelación sus integrantes no son técnicos en supervisión bancaria y aunque sean sus asesores los que estudien el caso, éstos tampoco tienen especialización en supervisión bancaria.

La asignación de autonomía a la Superintendencia también tiene como beneficio que mediante el ejercicio del poder reglamentario, es el mismo órgano quien dicta las normas que son convenientes, no sólo cuando los hechos se sucedan, sino más importante, preverlos, para contrarrestar a tiempo; no para obstaculizar el libre mercado, sino para fortalecerlo, no para destruir el mercado, sino para hacerlo confiable.

- Legislación

La supervisión requiere una supervisión completa, ágil, clara, pues las entidades financieras siempre están asesoradas por abogados que no dudan en aprovechar agujeros legales o tratar de hacer prevalecer criterios interpretativos que hagan nugatoria la supervisión y es por ello que también el supervisor debe contar con la preparación y formación profesional para comprender el orden jurídico bancario, su contenido, y sus fines.

- Requisitos de los supervisores

Ya hemos indicado oportunamente los requisitos en cuanto a probidad y nivel académico que actualmente exige la ley al superintendente de Bancos (Artículo 6 de la Ley de Supervisión Financiera), sobre tales requisitos no tenemos comentario alguno, lo que si consideramos pertinente es hacer más severas las sanciones cuando incurran en incumplimiento de sus funciones, sea por culpa, mala fe, ignorancia, pues el daño ocasionado por la omisión en el exacto desempeños de sus funciones es exageradamente alto, por ello deben asignarse penas más severas que las actuales, pues consideramos que los diez años de prisión inmutable resulta ser una pena muy benigna, porque si el delito de robo que se tipifica cuando se afecta el patrimonio de una sola persona tiene asignada una pena de prisión hasta de doce años (Artículo 251 del Código Penal) el delito de intermediación financiera ya descrito debe ser sancionado con el máximo de prisión que la ley permite es decir cincuenta años inmutables (Artículo 44 del Código Penal, Decreto 17-73, modificado según artículo 1 del Decreto 20-96 del 7/5/96) pues en este caso no sólo se afecta el patrimonio de muchas personas, sino que también se afecta la totalidad de la actividad económica del país. De nada servirá la autonomía y la modernidad de las leyes si los encargados de hacerlas valer son omisos en sus funciones. Finalmente no está demás hacer hincapié que en el nombramiento debe evitarse todo vínculo político.

4.4 Caso Bancafé.

En Guatemala las crisis financieras han sido recurrentes, en 1994 bajo las presiones de la implementación del neoliberalismo bajo el amparo de la ya mencionada resolución Junta Monetaria 647-93 emitida por la Junta Monetaria el veintidós de septiembre de 1993 llamada Matriz del Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional; se dejó en libertad para realizar algunas actividades financieras; situación que dio como resultado el surgimiento de las llamadas "*financieras fantasmas*" y de las "*casas de bolsa*" que fueron entidades que recaudaron del público

más de ochocientos millones de quetzales, para luego desaparecer. Como producto de tales defraudaciones, surgieron normativas financieras casuísticas tendentes a hacer más estricta la supervisión financiera. En el año 2001 dos bancos quebraron básicamente por el otorgamiento de préstamos vinculados por un monto de mil doscientos millones de quetzales, situación que motivó en el año 2002 la aprobación de una legislación financiera integrada, moderna para una supervisión financiera eficiente. Pero justo en los días de realizar la presente tesis, otra crisis afecta la economía nacional, la suspensión definitiva acordada por la Junta Monetaria, del Banco del Café "Bancafé".

Como todo fenómeno, ésta crisis puede ser analizada desde varios puntos de vista: económico, jurídico, político y social, y es imposible deslindar de esa crisis cada uno de sus elementos, no obstante, para el propósito de nuestra tesis, haremos énfasis en el aspecto jurídico, pues la propuesta contenida en ésta tesis va encaminada a demostrar que es necesario reformar la ley, para efficientizar, profesionalizar y despolitizar la supervisión financiera.

Bancafé fue originalmente un banco que bajo el amparo de la Ley vigente desde 2002 se transformó en el Grupo Financiero del País, entre las entidades que formaban también se encontraba una aseguradora, una financiera, una afianzadora así como "of shure" (fuera de plaza) llamada *Bancafé International Bank* dedicada a captar dinero del público para invertirlo en dólares en el extranjero. La entidad controladora del grupo era Bancafé. En octubre de 2005 *Bancafé International Bank* con sede en Barbados tenía invertidos en título valores y bonos estadounidenses 204 millones de dólares en otra entidad llamada "Refco" de Estados Unidos, dedicada al corretaje y valores en custodia. Prensa Libre. Medio de comunicación escrito. 21 de octubre 2006. Pág. 4

En esa fecha, se descubrió que el presidente de "Refco" había reportado en sus estados financieros una deuda de cuatrocientos millones de dólares, pero en realidad su deuda era de mil seiscientos millones de dólares, como resultado, Refco fue

suspendida y posteriormente se acogió a la ley de quiebras de Estados Unidos, todos sus fondos fueron congelados en tanto se liquida su patrimonio.

La bancarrota de *Refco* ocurrió luego de la noticia de que su expresidente había escondido una deuda de cuatrocientos treinta millones de dólares.

Debido a ésta situación *Bancafé International Bank* empezó a tener problemas para pagar los intereses a sus inversionistas, necesitando préstamos de Bancafé. Además la Superintendencia obligó a *Bancafé International Bank* que mantuviera en reserva el diez por ciento sobre lo congelado en *Refco* (20.4 millones de dólares). *Bancafé International Bank* empezó a presentar problemas para pagar intereses a sus inversionistas, necesitando recibir préstamos de Bancafé. La Superintendencia les impuso cumplir un plan de regularización, por el cual el banco debía recapitalizarse por los medios que la ley le permite o bien sacar a licitación pública la totalidad del Grupo Financiero del País, pero en esa licitación nadie se interesó.

Bancafé incumplió con el plan de regularización llegando a otorgar préstamos a Bancafé International Bank por más del quince por ciento de su capital computable, según declaraciones del Superintendente de Bancos. El diecisiete de octubre de 2006 la Superintendencia de Bancos detectó que Bancafé otorgó otros dos préstamos sin garantía uno por cuarenta y dos millones de quetzales a la casa de bolsa Vipasa, S. A. (Valores e Inversiones del País, Sociedad Anónima)¹⁵ y otro a una persona individual por treinta millones de quetzales; fondos que para el día diecinueve ya estaban en poder de *Bancafé International Bank* supuestamente para pagar intereses a sus inversionistas, por lo que constituyen préstamos vinculados.

La Superintendencia, solicitó de forma urgente una reunión a la Junta Monetaria, a efecto de suspender las operaciones de Bancafé, y bajo el control de una Junta de Exclusión de Activos y Pasivos trasladar los fondos a otros bancos del sistema a efecto

de poder atender a los usuarios, y reintegrar su dinero a los ahorrantes. La Junta Monetaria aprobó la resolución y así se ha procedió.

Pero la quiebra del Banco del Café también tiene también una interpretación, política pues resulta que su principal accionista, aún era un importante funcionario público cuando en octubre de 2005 Bancafé inició con su crisis financiera, por lo que su influencia mediatizó el actuar de la Superintendencia de Bancos a efectos de imponer el plan de regularización inmediatamente. Para octubre de 2006 esa persona había renunciado por lo que ya no tenía influencia en las esferas del gobierno, además se perfilaba como el eventual candidato presidencial por el partido oficial, por lo que sus rivales en las cúpula empresarial y política presionaron para la suspensión definitiva del Bancafé que terminó también con sus aspiraciones presidenciales.

La crisis financiera del Bancafé nos presenta la oportunidad de ver en un caso actual y concreto, las deficiencias de la supervisión financiera y la forma en que tales deficiencias pueden ser superadas, pero sobre todo la necesidad del otorgamiento de autonomía a la Superintendencia, cuya propuesta es el objetivo primordial de la presente tesis.

- Falta de publicidad de la situación financiera de los bancos

Aunque la Superintendencia publica cada fin de mes en algunos periódicos los estados financieros de los Bancos, resulta que esa publicación no llega a los verdaderos destinatarios, que son quienes tienen su dinero depositado en cada banco. Consideramos que tanto la solidez del banco como las multas impuestas deben ser puestas a la vista del público en las agencias de cada banco. En las publicaciones de la Superintendencia lo más evidente era que Bancafé aparecía en cuarto lugar de los banco que funcionan en Guatemala.

- Falta de ética

La crisis de Bancafé tiene una causa fundamental la falta de ética tanto de los directores de Refco en Estados Unidos al ocultar su verdadera situación

financiera, como la falta de ética de todos los directivos del Grupo Financiero Bancafé, quines nunca hicieron publica su verdadera situación financiera.

- Falta de autonomía de la Superintendencia

Es innegable que la Superintendencia por ser el mayor accionista del Banco del Café un funcionario de Gobierno, propició que el banco captara demasiado dinero del presupuesto nacional, al obligar a que varias entidades de gobierno depositaran ahí sus fondos, entre ella municipalidades, ministerios y otros fondos como el PACUR, FOVIGUA, entre otras, fondos que hicieron aparecer al banco como uno de los más grandes, cuando en realidad su capacidad financiera era mucho más modesta. Esa influencia política también mediatizó la intervención de la Superintendencia postergando la implementación del plan de regularización desde el inicio de la crisis.

La injerencia de criterios políticos en la decisión de suspender definitivamente a Bancafé queda demostrada con las declaraciones del Presidente de la República quien según publicaciones de prensa "ordenó a los ministros de finanzas, y economía que integran la Junta Monetaria, apoyar las medidas **sugeridas** por el Superintendente de Bancos. La misma publicación agrega que *"la decisión de suspender Bancafé fue comunicada por Berger -(el Presidente del la República)- a directores de los medios de comunicación la noche del jueves último, en una reunión sostenida en la Casa Presidencial.*

Como puede apreciarse, la decisión fue tomada y dada a conocer por el titular del Organismo Ejecutivo antes que el órgano legalmente competente: La Junta Monetaria, y el dictamen que al respecto emitió La Superintendencia de Bancos solo queda como una **sugerencia**.

- La actividad bancaria es un servicio público

Los clientes del Bancafé se estiman en un millón doscientos mil, cuando el banco fue suspendido el viernes veinte de octubre era el inicio de un asueto

que se prolongaría por tres días. La falta de disponibilidad de dinero se prolongó hasta el viernes siguiente, miles personas no pudieron cobrar sus salarios y otros tantos miles de empresarios pequeños y grandes no pudieron realizar negocios, lo que provocó pérdidas en el quehacer de la economía nacional. Existe desconfianza del público hacia todos los bancos, muchas personas retiran su dinero de los bancos y el exceso de liquidez se teme que eleve la inflación; el descontrol en el índice de precios al consumidor y otras efectos no previsibles.¹⁶ Sólo una Supervisión Financiera autónoma, es el medio para evitar tales daños sociales.

Las crisis financieras ocurridas en Guatemala, nos enseñan que en el normal desempeño de las actividades financieras se necesitan tres elementos indispensables:

- a) una ley ágil,
- b) Una clara y moderna;
- c) Ente supervisor autónomo,
- d) Ente supervisor especializado y capaz y
- e) Personas con ética profesional; sea como empresarios o como empleados o funcionarios ya sea de las entidades financieras como del ente supervisor financiero.

CONCLUSIONES

1. El derecho bancario es una rama del derecho público que regula la actividad financiera que es un servicio público fundamental en el desarrollo de la economía.
2. La supervisión financiera es el medio técnico y jurídico más adecuado para garantizar el sano desempeño de las actividades financieras.
3. En la actividad financiera existe un factor fundamental: el factor humano, que es el obligado tener conductas éticas, morales, deontológicas, que garanticen, junto con la supervisión los fondos que recaudan.
4. La pena de prisión asignada al delito de intermediación financiera es muy leve. La evolución del derecho bancario lleva implícita la evolución de las sanciones. Una sanción adecuada puede, prevenir la crisis, proteger a todo el sistema o en su caso restaura el orden.
5. En los últimos años se han dado varios acontecimientos en el sistema bancario nacional, los cuales provocan sosobra y desconfianza afectado la credibilidad del público.
6. Las pérdidas que se dan cuando un bano fracasa financieramente tiene grandes repercusiones económicas para el Estado y usuarios que por tener depositado su dinero en tal o cual título de crédito no se puede recuperar provocando así; La no ejecución de obras por parte del estado y por parte de los particulares los desánimos y consecuentemente falta de capacidad e interés para ser productivos.
7. Ante los ojos de la comunidad internacional el tema de supervision bancaria se crea aún mas escabroso, cuando lo que se pretende es que venga la país inversión extranjera, pero un plan de supervision bancaria eficiente puede otorgar al

inversionista multinacional la tranquilidad necesaria para optar invertir en nuestro país.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República para hacer eficiente y dinámico el derecho bancario guatemalteco, debe regular en forma inmediata las situaciones que se presenten en la realidad financiera.
2. Para supervisar la actividad financiera el Congreso de la República debe crear el órgano administrativo denominado "*Superintendencia Financiera*" como entidad autónoma; formada por la "Comisión Nacional de Supervisión Financiera" que concierne de los recursos de apelación contra la "*Superintendencia de Bancos*"; la "*Superintendencia de Seguros*" y otras que puedan crearse, para que exista verdadera independencia y profesionalización en cada actividad financiera.
3. Para garantizar una conducta ética el Congreso de la República debe asignar multas severas, prisión incommutabile por el tiempo máximo que la ley permite; inhabilitación especial definitiva, y censura pública, para propietarios, administradores, empleados y funcionarios de entidades financieras así como a los funcionarios y empleados del órgano supervisor.
4. El Congreso de la República debe conformar una comisión encargada del estudio y mejoramiento de las técnicas de supervisión bancaria, dicha comisión debe estar integrada por un representante de cada partido político representado en el Congreso y deberán contar con asesores especializados en el tema, y concientes de la realidad nacional.
5. Las publicaciones que realiza actualmente la Superintendencia de Bancos, debe ser más extensa y a la vez en términos más sencillos para que pueda ser interpretada fácilmente por la población con poco conocimiento financiero,

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco.** 15a ed. tomo I Guatemala. Ed. Impresiones gráficas, 2004

CERVO, Amado Luiz y Pedro ALCINO BERVIÁN. **Metodología científica.** Traducido y adaptado por Juan Guevara Rodríguez. 2a ed. Bogotá, Colombia: Ed. Osprey Impresiones, Ltda. 1982.

Diccionario de la lengua española. Versión electrónica

Diccionario de la real academia española. Diccionario.com

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. Introducción al estudio del derecho. Guatemala. Ed. Oscar de León Palacios. 1983, 196

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión.** Guatemala. Ed. Ville. 2001.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Tratado de derecho bancario.** Guatemala. Ed. Ville. 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 9a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1985.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo I Colección Universitaria. Volumen No. 80. Guatemala. Editorial Universitaria, 1988.

Legislación

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto del Congreso de la República Número 19-2002

Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Decreto del Congreso de la República Número 34-96

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

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

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

Ley de Sociedades Financieras Privadas. Decreto Ley de Junta de Gobierno Número 208 promulgada en mayo de 1964.