

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA APROBACIÓN POR LA JUNTA MONETARIA DEL CONTRATO DE BANCA ELECTRÓNICA
TESIS DE GRADO

GUILLERMO ANTONIO XICARA PISQUIY
CARNET 20554-07

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA APROBACIÓN POR LA JUNTA MONETARIA DEL CONTRATO DE BANCA ELECTRÓNICA
TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
GUILLERMO ANTONIO XICARA PISQUIY

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. RONALD ESTUARDO RECINOS GÓMEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. GABRIELA ISABEL QUIROA CABRERA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTOR DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: P. JOSÉ MARÍA FERRERO MUÑIZ, S.J.

SUBDIRECTOR ACADÉMICO: ING. JORGE DERIK LIMA PAR

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 5 de septiembre de 2014.-

SEÑOR
DIRECTOR ACADÉMICO.

Me es grato dirigirme a usted con motivo de la designación que en mi persona fuere hecha, como asesor de la tesis titulada "LA APROBACION POR LA JUNTA MONETARIA DEL CONTRATO DE BANCA ELECTRONICA" presentada por el estudiante **GUILLERMO ANTONIO XICARA PISQUIY**.

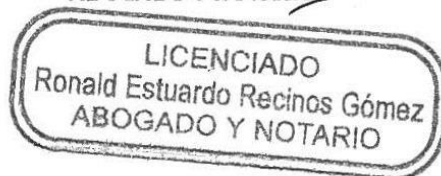
El Derecho Bancario ha sufrido grandes cambios y a tenido que adaptarse al uso de las nuevas tecnologías. El uso de la Informática en la referida rama del Derecho a creado nuevas formas de contratación y de utilización de la banca. El contrato de banca electrónica es una de esas novedades que la tecnología a introducido a las negociaciones bancarias y que el Derecho se ve obligado a regular.

Sin embargo, el uso del contrato de Banca Electrónica en Guatemala aun es bastante nuevo y por lo tanto no existe al respecto mucha regulación legal, lo cual ha dejado a usuarios y bancos con desconocimiento de los efectos jurídicos de dicha contratación. Por lo antes expuesto, estudios como el presente resultan de gran importancia dentro del mundo jurídico, ya que proveen material para futuras investigaciones, asimismo resulta importante que usuarios, ejecutivos bancarios y abogados tengan un mayor conocimiento sobre temas de gran actualidad como el presente.

La tesis presentada por el estudiante cumple además de que la investigación cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Rafael Landívar para este tipo de trabajo, por lo que como resultado de la asesoría en mi recabda de la tesis titulada "LA APROBACION POR LA JUNTA MONETARIA DEL CONTRATO DE BANCA ELECTRONICA" presentada por el estudiante **GUILLERMO ANTONIO XICARA PISQUIY**, por este medio comparezco ante usted para emitir **INFORME FAVORABLE DE ASESORIA**.

Sin otro particular me suscribo atentamente,

MA. RONALD ESTUARDO RECINOS GOMEZ
ABOGADO Y NOTARIO





Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 07423-2014


Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante GUILLERMO ANTONIO XICARA PISQUIY, Carnet 20554-07 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07539-2014 de fecha 11 de noviembre de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

LA APROBACIÓN POR LA JUNTA MONETARIA DEL CONTRATO DE BANCA
ELECTRÓNICA

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 24 días del mes de junio del año 2015.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Agradecimientos:

- A Dios:** Ser supremo, que guía mi camino y me da fuerzas para seguir adelante, que nunca me a dejado solo y cada día me bendice grandemente, permitiéndome llegar a esta meta en mi vida.
- A mis Padres:** Marcelo Xicara (+) e Isaura Pisquiy, no me alcanzan las palabras para agradecerles por todo su amor y cariño, ejemplo y lucha para que yo pudiera llegar a esta instancia.
- A mis Hermanas:** Claudia, Isolina y Cecy, gracias por su cariño y por sus consejos... son mi ejemplo a seguir, gracias por su apoyo.
- A mis Cuñados:** Luis, Julio y Paul. Parte importante de mi familia que siempre me han apoyado. Gracias.
- A mis Sobrinos:** Con todo mi cariño por darme alegría en mi vida.
- A mis Amigos:** Por haber compartido gratos momentos de mi vida, por su amistad sincera y por apoyarme a seguir adelante.
- A mis Catedráticos:** Por su tiempo y por los conocimientos que me transmitieron en el desarrollo de mi formación académica.
- A la Universidad Rafael Landívar:** Que me abrió sus puertas para adquirir los conocimientos para poder enfrentar la vida.

Dedicatoria

A Dios: Por ser fuente de sabiduría, ser supremo que me ha guiado y preparado por este camino para alcanzar el éxito.

A mi Padre: Marcelo Xicará (+) que Dios lo tenga en su gloria, mi principal motivo y ejemplo de lucha y perseverancia, a su memoria. Y a mi madre Isaura Pisquiy, que es mi razón de ser y que con todo mi amor le dedico este triunfo.

**A mis Hermanas,
Cuñados y Sobrinos:** Por ser un apoyo importante en mi vida.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
CONTRATOS.....	3
1.1 Aspectos generales.....	3
1.2 Definición.....	4
1.3 Elementos del contrato.....	6
1.3.1 Elementos de existencia.....	6
1.3.2 Elementos de validez.....	7
1.4 Clasificación del contrato.....	9
1.4.1 Unilaterales o bilaterales.....	9
1.4.2 Gratuitos y onerosos.....	9
1.4.3 Consensuales o reales.....	10
1.4.4 Nominados o innominados.....	10
1.4.5 Principales o accesorios.....	10
1.4.6 Típicos o Atípicos.....	10
1.4.7 Condicionales o absolutos.....	10
1.4.8 Formales o informales.....	10
1.4.9 Instantáneos o de tracto sucesivo.....	11
1.4.10 Electrónicos.....	11
1.4.11 Clasificación Legal en Guatemala.....	11
1.5 Forma de los contratos.....	12
1.6 Contratos de adhesión.....	14
1.7 Contratos electrónicos.....	14
CAPÍTULO II.....	16
CONTRATOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS.....	16
2.1 Antecedentes.....	16
2.2 Documentos electrónicos.....	17
2.3 Definición de contrato electrónico.....	17

2.3.1	Objeto.....	19
2.3.2	Formas de manifestación de la voluntad.....	20
2.4	Definición de contratos informáticos.....	22
2.4.1	Elementos del contrato informático.....	23
2.4.2	Clasificación de los contratos informáticos.....	24
2.5	Diferencia entre contratos electrónicos y contratos informáticos.....	25
2.6	Validez ante la ley.....	26
CAPÍTULO III.....		28
DERECHO BANCARIO.....		28
3.1	Antecedentes.....	28
3.1.1	Babilonia.....	28
3.1.2	Grecia.....	29
3.1.3	Roma.....	29
3.1.4	Edad Media.....	30
3.1.5	Época Moderna.....	31
3.2	Actividad Bancaria en Guatemala.....	31
3.2.1	Reforma Bancaria de 1924.....	32
3.2.2	Reforma Bancaria de 1946.....	32
3.2.3	Reforma Bancaria de 2002.....	33
3.3	Derecho Bancario.....	34
3.3.1	Fuentes del derecho bancario.....	35
3.3.2	Partes del derecho bancario.....	36
3.4	Banco de Guatemala.....	38
3.5	Servicios bancarios en Guatemala.....	40
3.5.1	Clasificación legal.....	41
3.6	Contratos bancarios.....	42
CAPÍTULO IV.....		43
JUNTA MONETARIA.....		43
4.1	Junta monetaria.....	43

4.2	Integración de la junta monetaria.....	43
4.3	Atribuciones de la junta monetaria.....	45
4.4	Reglamentos de la Junta Monetaria.....	46
CAPÍTULO V.....		51
BANCA ELECTRÓNICA.....		51
5.1	Antecedentes.....	51
5.1.1	Internet.....	51
5.1.2	La banca electrónica en Guatemala.....	52
5.2	Definición de banca electrónica.....	53
5.3	Elementos del contrato de banca electrónica.....	55
5.4	Características.....	56
5.5	Marco legal en Guatemala.....	57
CAPÍTULO VI.....		58
PRESENTACIÓN ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....		58
CONCLUSIONES.....		69
RECOMENDACIONES.....		71
REFERENCIAS.....		72
ANEXOS.....		75

Resumen

La presente tesis titulada “La aprobación por la Junta Monetaria del contrato de banca electrónica”; gira en torno a la situación actual de la normativa jurídica que debería regular éste contrato, específicamente por la Junta Monetaria e inclusive por la Superintendencia de Bancos por ser los entes que en Guatemala se encargan del control y supervisión de las entidades financieras y bancarias, la investigación resulta importante dentro del ámbito jurídico tomando en consideración que las operaciones bancarias han evolucionado estrepitosamente y dado el desarrollo que ha tenido la tecnología, las mismas en la actualidad se llevan a cabo, incluso sin necesidad de que el interesado esté presente en la agencia bancaria para realizarlas, utilizando para tal efecto diferentes plataformas electrónicas, ante tal circunstancia se hace necesario celebrar entonces el contrato de banca electrónica, sin embargo ante las múltiples situaciones y consecuencias jurídicas que pueden surgir de este tipo de contratación, las pocas normas jurídicas que regulan esta novedosa relación contractual se han quedado rezagadas haciéndose esta investigación necesaria, relevante, novedosa, además de establecer que en Guatemala no existe una disposición legal en la que se establezcan los aspectos más generales de este contrato.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis titulada “La aprobación por la Junta Monetaria del contrato de banca electrónica”; gira en torno a la situación actual de la normativa jurídica que debería regular éste contrato, específicamente por la Junta Monetaria e inclusive por la Superintendencia de Bancos por ser los entes que en Guatemala se encargan del control y supervisión de las entidades financieras y bancarias, en este trabajo de investigación se establecen extremos tanto jurídicos como doctrinarios encaminados a definir las variables de estudio y establecer sus características principales contrastando con los resultados obtenidos del trabajo de campo realizado.

Este trabajo de investigación deviene importante dentro del ámbito jurídico tomando en consideración que las operaciones bancarias han evolucionado estrepitosamente y dado el desarrollo que ha tenido la tecnología, las mismas en la actualidad se llevan a cabo, incluso sin necesidad de que el interesado esté presente en la agencia bancaria para realizarlas, utilizando para tal efecto diferentes plataformas electrónicas, ante tal circunstancia se hace necesario celebrar entonces el denominado contrato de banca electrónica, sin embargo ante las múltiples situaciones y consecuencias jurídicas que pueden surgir de este tipo de contratación, las pocas normas jurídicas que regulan esta novedosa relación contractual se han quedado rezagadas haciéndose esta investigación necesaria, relevante y novedosa surgiendo la pregunta ¿Cuál es la situación de la normativa jurídica para el contrato de Banca Electrónica en Guatemala por medio de la Junta Monetaria?

Para cumplir con los objetivos de la investigación y responder al cuestionamiento planteado la tesis que a continuación se presenta se divide en cinco capítulos en los que se abordan aspectos relativos a los Contratos en general, contratos electrónicos e informáticos propiamente dichos; por ser de interés y tener injerencia en el tema a investigar se desarrollan también tópicos referentes al Derecho Bancario la Junta Monetaria y la Banca Electrónica.

Después de haber llevado a cabo la investigación tanto el marco teórico como los resultados del trabajo de campo con el que se contrastó, se establece que en Guatemala no existe una disposición legal en la que se establezcan los aspectos más generales de este contrato, ni procedimientos específicos en caso de discrepancias o controversias que puedan surgir respecto al modus operandi del mismo haciéndose necesaria la emisión por parte de la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos de la regulación legal correspondiente.

CAPITULO I

CONTRATOS

1.1 Aspectos generales.

El contrato es uno de los conceptos más importantes del derecho civil, y por qué no decirlo, del Derecho en sí, ya que enmarca la figura del negocio jurídico, y para su estudio, ha sido necesario a lo largo de la historia, buscar la esencia del significado del mismo, así como estudiar los supuestos contractuales que este concepto encierra.

A partir del estudio del contrato, han surgido un sin fin de teorías y de tratadistas, con sistemas y corrientes a cerca de lo que significaba el contrato, pero fueron las concepciones romanas las que más se acercaron a lo que hoy día es el derecho civil y para entender de mejor forma, es necesario conocer las principales fases de la evolución jurídica de este.

En la antigüedad, cuando el Derecho Romano tomaba auge y dominio, la figura del contrato “se manifestaba como una solución pacífica al casus belli provocada por el delito”¹, esto consistía en que por medio de una figura antecesora al contrato, se llegaban a soluciones por medio de acuerdos donde se evitaba el motivo de guerra, causado por desacuerdos o incumplimientos a alguna promesa que en esos tiempos se realizaba de forma verbal.

En su momento, también fue válido todo acuerdo que se celebraba entre los pater familias, teniendo como válido el acuerdo de voluntades entre ambos, siendo este un principio fundamental para el derecho moderno, ya que reconoce el acuerdo o manifestación de voluntades para aceptar y perfeccionar el contrato, pero no sin antes ser anotados en libros en los que se tenía registro de las actuaciones de

¹ Puig Peña, Federico, Compendio de Derecho Civil Español Tomo II ,2º edición, España, editorial Aranzadi, 1979, Pgn.398

importancia que realizaban, en esa época, ya se tenía una concepción de contrato y por ello se tenía una serie de formalidades para llevarlo a cabo.

Con la evolución del derecho, cambiaron las formas de realizar contratos, se abrió a nuevas formas de contratación, se eliminó el estricto formalismo de la antigua Roma y se dio un giro ante las necesidades actuales con la creación y modificación de los diferentes contratos que existían y se adecuaron al tiempo actual, hasta conocerlos como hoy día.

El contrato tiene injerencia en la rama civil y mercantil del derecho, y en ambas ramas del derecho, se puede estudiar y relacionar la forma de contratación, aunque cambie el sentido del contrato, ya que en la mercantil por lo general es un comerciante quien participa, pero existe un conjunto de relaciones objetivas que hace que los contratos civiles y mercantiles, tengan cierta similitud.

1.2 Definición.

Como lo describe el punto anterior, los contratos nacen de la necesidad de tener cierta certeza o garantía al momento de realizar un negocio o un intercambio. Como antecedente histórico del contrato se tienen las distintas formas de regulación de contratos que durante la evolución del Derecho Civil, se han desarrollado, y modificado, según las circunstancias lo ameriten, al igual que la contratación mercantil.

La palabra contrato, tiene sus orígenes del latín, que significaba unir, por lo que este término se adecua de forma precisa al fondo y valor que se le ha dado a esta palabra, ya que el contrato unifica las voluntades por medio de un acto que ha adoptado este nombre.

El contrato respalda las actuaciones que de un negocio resulten, documentos en los cuales, queden pactadas o escritas las voluntades de las partes que en un negocio participen, y se estipulan las condiciones en las que el mismo se realizara, pero para

ser más específico y definir de mejor forma el contrato, Manuel Ossorio lo define de la siguiente manera “Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”² En esta definición, se encuentran aspectos muy importantes y concretos, ya que cuando las partes se obligan entre sí, existe un sentido de compromiso, de aceptación de voluntad, que se realiza por medio de un pacto o convenio, dentro del cual se pueden estipular las condiciones para ser realizado, y que para que se haga efectivo la realización del mismo, pueden ser obligadas por la fuerza o de manera legal.

Existen definiciones que añaden más elementos y buscan incluir dentro de la misma definición los puntos que son de mayor relevancia, tal como lo hace Néstor de Buen Lozano quien define el contrato de la siguiente forma “es un acuerdo espontaneo de voluntades, que persiguen fines distintos, adecuados a la ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida y condicionada, temporal o permanente de derechos y obligaciones de contenido patrimonial”³ . Al analizar esta definición, el acuerdo de voluntades entre dos o más personas se da con la aceptación del mismo, con fines distintos, puede que uno tenga una remuneración pecuniaria y el otro un bien o servicio, adecuados a la ley o de comercio lícito, sigue las formalidades que la misma exige, y explica el ámbito temporal en que surte efecto.

Las definiciones antes mencionadas, explican elementos importantes que contiene la definición de contrato, aspectos de importante relevancia, que sin ellos no podría perfeccionarse este acto, tales como la participación de las partes, el consentimiento o la manifestación de voluntad, el objeto sobre el cual, se realiza este negocio jurídico por medio del cual se transfiere obligaciones o derechos, y estos deben de ser sobre un plazo determinado.

² Contrato, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta, 1974, pg. 167

³ de Buen Lozano, Néstor, La decadencia del contrato, 2º edición, México, Editorial Porrúa S.A.1986, pg. 205

Cabe resaltar que la legislación guatemalteca, a través del decreto ley 106, Código Civil, en su artículo 1517 establece: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Este es el marco legal que en Guatemala rige la figura de contrato en materia civil, y es la única definición clara que existe, ya que en el derecho mercantil mediante el Código de Comercio, no brinda ninguna definición precisa de lo que es un contrato, sin embargo, el artículo 669 del decreto 2-70, es claro al establecer que los “principios de verdad sabida y buena fe guardada”, son conceptos fundamentales para los contratos mercantiles, por lo que una variación al concepto de contrato en el ámbito mercantil, debe de llevar estos dos principios para proporcionar una definición clara y precisa de contrato, atendiendo además que toda actividad mercantil, es de carácter oneroso o remunerado, ya que en ella participan comerciantes.

1.3 Elementos del contrato.

Existen varias clasificaciones sobre los elementos de un contrato, pero la más específica y clara es la que brinda Ramón Sánchez Medal, al clasificar los elementos del contrato de la siguiente manera: “El contrato consta de dos clases de elementos, a saber: elementos de existencia, que son el consentimiento y el objeto; y elementos de validez.”⁴.

1.3.1 Elementos de existencia.

Los elementos de existencia son aquellos que son vitales para que el contrato nazca a la vida jurídica, son de suma importancia, porque sin ellos no podría existir el contrato en sí, uno de ellos es el consentimiento que se entiende como la manifestación o la expresión de voluntad de aceptar el contenido del contrato, y obligarse a este de forma voluntaria. Esta expresión o manifestación de voluntad, es un elemento tan importante y primordial dentro del contrato, que es el alma de esta acción, ya que con esta se acepta y se obliga al contenido del contrato, la manifestación de consentimiento debe de ser por medio de una voluntad que se exteriorice, que sea seria y que provenga de una persona que se encuentre en pleno

⁴ Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, Argentina, Editorial Porrúa S.A., 1986, pgn.29

goce de sus facultades. El artículo 1252 del decreto-ley 106 establece: “la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita”, con este artículo, se reconoce de manera legal la manifestación de la voluntad de dos formas: expresa, cuando queda de manifiesto de forma escrita, oral o por otros medios, pero quedando constancia de la misma y de forma tácita, cuando se manifiesta solo con la voluntad, es decir con la sola aceptación y no exista manifiesto en contrario.

En cuanto al objeto del contrato, es la acción que se realiza como consecuencia de la aceptación de la manifestación de voluntad, es crear, modificar, extinguir una obligación o derecho, así como la transmisión de estos a otra parte.

1.3.2 Elementos de validez

Con relación a los elementos de validez, consisten en la capacidad que tienen las partes para contratar, ausencia de vicios, la forma o solemnidades y que no sean contrarias a la ley. La capacidad para contratar es ejercer aptitud por sí mismo para poder realizar el contrato o llevarlo a cabo, habilita a la persona para poder realizar un contrato. Para este elemento, la legislación guatemalteca, mediante el código civil en su artículo 8 establece: “la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad”, quiere decir, que legalmente en Guatemala, la capacidad se da con la mayoría de edad, cumpliendo los dieciocho años de edad, pero también se establece que los mayores de catorce años de edad, “son capaces para algunos actos determinados por ley”, dejando con esto abierta la posibilidad de que para celebrar un contrato no solamente los mayores de edad puedan realizarlo.

Existen otra serie de factores que se deben de tomar en cuenta para establecer lo que en términos legales significa capacidad, ya que no solamente con el simple hecho de ser mayor de edad, se pueda ser capaz, tal como lo indica el artículo 9 del mismo ordenamiento legal, cuando establece y define quienes son incapaces: “los mayores de edad que adolezcan enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben de ser declarados en estado de interdicción...”, cuando se refiere a discernimiento, se refiere a diferenciar lo bueno de lo malo, a emitir opinión sobre

algo, o a manifestar su voluntad, motivo suficiente para no ser capaz de celebrar un contrato por sí mismo.

Sin embargo, puede que existan vicios en el consentimiento, como la falta de conocimiento sobre lo que versa en el contrato, ejercer violencia u obligar a la voluntad de una parte poniendo de manifiesto la veracidad de la voluntad o la capacidad que existe para contratar. En la legislación nacional, se regulan de los artículos 1257 al 1268 del Decreto-ley 106.

Las formalidades o solemnidades con que ha de celebrarse el contrato, consiste en los requisitos legales que se establecen y que se deben de cumplir, para que el contrato tenga validez y certeza jurídica.

Dentro del contrato, existe una serie de elementos importantes que hacen que el mismo nazca a la vida jurídica y surta los efectos que persigue, para el Dr. Nery Muñoz “los elementos esenciales del contrato son el consentimiento y el objeto, mientras que los elementos accidentales son la condición y el término.”⁵

Al referirse a los elementos esenciales del contrato, se da la pauta que sin ellos el contrato no existiría, el consentimiento de las partes o la manifestación de voluntad y el objeto son tan importantes que uno sin el otro no produciría efecto alguno sobre el contrato, pues tanto que ambos deben de ser idóneos y perfectos para realizar un contrato, y los elementos accidentales que el doctor Muñoz describe, se refieren a las condiciones que se pactan en la elaboración de un contrato, por ejemplo, las condiciones de un contrato, depende sobre algunas circunstancias que se deben o deberán cumplir para perfeccionar el contrato y los términos, son cláusulas que se pactan entre ambas partes para dilucidar algún requerimiento o solucionar algún problema en caso de contradicción.

⁵ Muñoz, Nery Roberto, La forma Notarial en el Negocio Jurídico, 7ª edición, Guatemala, Infoconsult Editores, 2012, pg. 5

No solo doctrinariamente se proporcionan los elementos del contrato, el Código Civil también proporciona elementos fundamentales que posee el contrato, tal como lo dicta el artículo 1518 al decir: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, exceptuando cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez”. Este artículo es de suma importancia, ya que indica que el elemento principal de un contrato es el consentimiento o manifestación de voluntad, y expresa la formalidad como requisito adicional, cuando dentro del ordenamiento legal, sea requerido como parte de un contrato, siendo este un elemento de validez.

Sin ninguno de estos elementos, la legislación guatemalteca no da como válidos, verdaderos o legítimos los contratos, y los mismos pueden ser declarados nulos, porque sin estos elementos no nacen a la vida jurídica y carecen de certeza jurídica.

1.4 Clasificación de los contratos.

Dentro de la clasificación de los contratos, existe una clasificación doctrinaria que agrupa los contratos, atendiendo una serie de características que los hace ser únicos en el sentido de nominarlos y agruparlos en las sub divisiones que los tratadistas y estudiosos del derecho han realizado para mejorar la forma del estudio del contrato, la doctrina generalmente los agrupa atendiendo la siguiente clasificación: ⁶

1.4.1 Unilaterales o bilaterales.

Un contrato es Unilateral cuando la obligación del contrato recae solamente sobre una parte; y es Bilateral cuando las partes de un contrato se obligan recíprocamente.

1.4.2 Gratuitos y onerosos.

Los contratos son Gratuitos cuando en un contrato no existe alguna remuneración económica; caso contrario, cuando en un contrato, una parte obtiene ante una prestación, un derecho, u obtiene un beneficio pecuniario o económico, el contrato es oneroso.

⁶ Villegas Lara, René Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo III, 6ª edición, Guatemala, Editorial Universitaria, 2006, pg. 38.

1.4.3 Consensuales o reales.

Un contrato Consensual se perfecciona cuando las partes manifiestan su consentimiento; y real cuando se necesita que se entregue un bien o una cosa para que se perfeccione el contrato.

1.4.4 Nominados o innominados.

Dentro del ordenamiento legal, existen nombres para algunos contratos, también los da la práctica comercial, la costumbre o la denominación social, estos contratos se conocen como Nominados; los que carecen de nombre o no se encuentran nombrados dentro de la legislación o la práctica la doctrina los conoce como contratos Innominados.

1.4.5 Principales o accesorios.

Principales son aquellos contratos que subsisten o surten efectos por sí mismos sin necesitar de otro contrato; y accesorios son los contratos que necesitan de otro contrato para surtir efectos.

1.4.6 Típicos o Atípicos.

El contrato Típico es aquel que se encuentra regulado en la ley, quien define la estructura del contrato; y los Atípicos: son aquellos contratos que no se encuentran regulados dentro de ley alguna.

1.4.7 Condicionales o absolutos.

La doctrina denomina condicionales, a los contratos que para su realización, dependen de un acontecimiento o suceso; y absolutos a los contratos que no necesitan condición alguna, es decir, que son independientes.

1.4.8 Formales o informales.

Cuando, dentro de un contrato, se necesita que exista formalidad o solemnidad para que nazca o se cree un vínculo contractual, se denomina formal; y no formal o informal es aquel contrato que con la falta de alguna formalidad, no deja de crear el

vínculo contractual, y no son necesarias u obligatorias las solemnidades para llevarlos a cabo.

1.4.9 Instantáneos o de tracto sucesivo.

Un contrato Instantáneo, es aquel que se realiza en el mismo momento de su celebración; y un contrato de tracto Sucesivo se cumple dentro de un plazo estipulado, o un término pactado, es decir no de forma inmediata.

1.4.10 Electrónicos.

Aunque debido a su reciente incorporación al sistema jurídico no aparece en las clasificaciones doctrinarias clásicas pero que dado su auge e importancia en la actualidad debe ser incorporado y cuya definición y características principales se abordaran en un capítulo posterior de la presente investigación.

1.4.11 Clasificación Legal en Guatemala

Ahora bien cabe destacar dentro de este punto que la legislación guatemalteca clasifica a los contratos, atendiendo una serie de características que hacen a los contratos únicos y los regula en los artículos 1,587 al 1,592 del decreto ley 106, Código Civil de Guatemala, siendo esta una clasificación legal que ordena a los contratos de la siguiente manera,

Unilaterales, y Bilaterales

Consensuales

Principales y Accesorios

Onerosos y Gratuitos

Condicionales y Absolutos

La clasificación anterior complementada con la doctrinaria, es importante son útiles y necesarias pues con ellas se facilita encontrar las características que cada contrato tiene, ya sea por fines académicos o por práctica profesional, y con ello poder incluir

dentro de cada contrato, una serie de condicionantes que con claves e indispensables para perfeccionar el contrato, y además de hacer una división precisa de los contratos.

1.5 Forma de los contratos.

La forma de realizar los contratos, tiene ciertas variaciones, y éstas dependerán mucho si se habla de contratos civiles o contratos mercantiles, ya que en materia civil, los contratos deben de realizarse por medio de escritura pública, por documento privado, correspondencia o verbalmente; según el artículo 1574 del decreto ley 106 y son por naturaleza más formalistas en cambio en los contratos mercantiles se presentan menos formalidades dada la naturaleza y principios que los rigen.

La forma en que se realicen estos contratos, depende de las circunstancias, cuantías, fines que tenga el contrato, si deben anotarse o inscribirse en los registros, y deben de cumplir con las formalidades que para el caso, la ley estipula.

En materia mercantil, la forma de realizar los contratos, es diferente a la civil, ya que al no exigir mayor formalidad, como ya se indicó, se simplifica la forma de realizar los mismos, únicamente se regula lo que contiene el artículo 671 del decreto número 2-70, estableciendo que el único requisito para la celebración de contratos en el territorio guatemalteco, es el de realizarlos en idioma español. Con esto, se deja abiertas las posibilidades que de cualquier forma, se pueden realizar contratos en Guatemala, y en materia mercantil, la posibilidad de realizarlos, son amplias, ya que únicamente para contratos determinados, existen solemnidades específicas.

El hecho que los contratos en materia mercantil, no necesitan de mayores formalidades para su celebración, no quiere decir que no atiendan una serie de características para poder realizarlos, ya que para la realización de estos, se debe de tomar en cuenta aspectos muy importantes, como sucede con la contratación por

medio de la “representación aparente”⁷, muy utilizada dentro de los contratos mercantiles, cuando otra persona contrata con otra, representando los intereses de un principal; esta figura tiene el nombre de representación aparente, y a diferencia de la civil, que necesita hacerlo por medio de un mandato, en la rama mercantil, se puede realizar solo con la participación de un tercero quien vela por los intereses de un principal.

Dentro de los contratos mercantiles, también se debe de tomar en cuenta que los que se refieren al comercio de patrimonio, producen una carga fiscal o impositiva a favor del Estado por medio de tributo o impuesto, y que la omisión en el pago de este, en teoría, produciría ineficacia en el contrato, pero el artículo 680 del Código de Comercio establece que el no cumplir con las cargas impositivas, no altera el fin del contrato, sin embargo, quien no cumpla con las normas, se hará acreedor a multas por la omisión de estos.

Esta característica de los contratos mercantiles, es importantes, porque, como todo derecho conlleva una obligación, se debe de responder por las obligaciones que de los contratos deriven. Conlleva también a conocer quiénes son las partes que intervienen de manera definitiva dentro de un contrato y sobre que versara, así como a garantizar el cumplimiento del mismo y tener una certeza de que lo que quede plasmado, es lo que se va a realizar.

Y por ende, trae consigo efectos de la obligación de un contrato, como el de concluir un contrato o reparara el daño que de este resulte el incumplimiento, así como en los contratos onerosos donde se traslade la propiedad de algún bien, debe de estar sujeto al saneamiento por evicción o vicios ocultos, quiere decir, que el bien se encuentre limpio de cualquier impedimento que no permita el uso, goce o disfrute del mismo.

⁷ Villegas Lara, René Arturo, Op.cit., pg. 32.

1.6 Contratos de adhesión.

En estos contratos se pone en duda la manifestación de voluntad, por la forma en que se realiza el contrato. Este contrato es de carácter mercantil, ya que facilita las transacciones comerciales “que se dan en grandes cantidades”⁸, porque se trata de un contrato pre redactado únicamente por una parte, y la otra parte que se obliga, no tiene la potestad para negociar las condiciones o términos del contrato, encontrándose en una situación de desventaja frente al otro, únicamente adhiriéndose o aceptando las condiciones que la parte redactora le imponga.

Los contratos por adhesión son “aquellos en los cuales una de las partes impone el tipo general de cláusulas en que está dispuesta a contratar, bastando que la otra se acepte, se adhiera o desista de tal contrato, que no puede en modo alguno modelar a su conveniencia”⁹

Es por ello, que en este tipo de contrato se pueda vulnerar la manifestación de voluntad, ya que por su forma, muchas veces es de carácter impositivo y a muchas personas no les queda más que aceptar íntegramente el contenido del mismo. Ante esta situación, la legislación guatemalteca únicamente regula los contratos por formulario, que sería lo que más se asemeja a este tipo de contratos y establece en el artículo 672 del Código de Comercio, la forma en que deben de realizarse los contratos por formulario.

1.7 Contratos electrónicos.

Esta clasificación de contratos, se refiere al uso de tecnología o como su propio nombre lo indica, de un medio electrónico para su realización y cumplimiento, aunque muchas veces, solo es el medio para realizar y perfeccionar el contrato.

⁸ Villegas Lara, René Arturo, Op.cit., pg. 33

⁹ Puig Peña, Federico, Op.cit., Pgn.421

Son contratos electrónicos “los que para su formación y perfeccionamiento, con independencia de cuál sea el objeto del contrato, se emplean medios electrónicos”¹⁰

Un contrato electrónico, puede ser suscrito no necesariamente en presencia de ambas partes, ya que la tecnología hoy día, permite realizar conexiones por medio de internet, entre personas que se encuentran a mucha distancia, y se puede realizar este tipo de contratos entre partes que se encuentren, muchas veces, en diferentes países.

Y es precisamente a esta clasificación de contratos a la que pertenece el contrato de banca electrónica.

¹⁰ Arias Pou, Maria. Manual Práctico del Comercio Electrónico, España, Editorial la Ley S.A., 2006, pg. 770

CAPITULO II

CONTRATOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS

2.1 Antecedentes.

La contratación ha evolucionado a lo largo de la historia, desde la creación del papel, que comenzaron a quedar plasmados, hasta hoy día que se pueden realizar de forma electrónica.

Como antecedente de los contratos electrónicos, hay que tomar en cuenta que la creación de la plataforma de Internet, uno de los avances científicos de mayor realce e importancia, que dio origen a muchas materias objeto de estudio, entre ellas: la cibernética, principio fundamental en la comunicación en este tipo de medio, la misma “estudia conjuntamente en la máquina o el animal la materia referente al control y teoría de la comunicación”¹¹.

Al referirse a la cibernética como antecedente, se destaca que esta, se encarga de estudiar conjuntamente la máquina, lo que entendemos como hardware y software de un equipo de cómputo, juntamente con lo que el autor llama animal, o ser vivo, por referirse así a la persona que opera la máquina, y las materias que ejercen control sobre las comunicaciones que de esto se deriven. Dentro de este control que ejerce, define directrices para regular y controlar las entradas y salidas de información entre máquina y ser vivo.

Para la comunicación por medio de internet, o medios electrónicos, es fundamental el manejo de información, ya que es la misma la que alimenta y le da vida, pero las máquinas no producen información, simplemente la ordena y compilan por medio de entrada y salidas, es por ello que la información que recibe se debe de codificar para su procesamiento, la misma puede ser numérica, alfabética o por símbolos.

¹¹ Barriouso Ruiz, Carlos. Interacción del derecho y la Informática, España, Editorial DYKINSON, 1996, pgn37.

En este caso particular, cuando la información procesada tiene como destino realizar una interacción con el derecho, se deben de observar una serie de cualidades que debe poseer la información y la comunicación para que se pueda perfeccionar y tener como válida.

A raíz de este procesamiento automatizado de información, nace la Informática, que es la automatización de información por medio de un ordenador, estos términos son de importancia para el tema de los contratos electrónicos, ya que la informática, juntamente con el derecho, dicta las directrices para la realización, tanto de forma legal, como de su correcta creación de forma electrónica.

Juntamente con el crecimiento de la demanda de tecnología, surge la necesidad de suministrar lo relativo a la tecnología, servicios de información, etc. Es por ello que los contratos informáticos regulan lo relativo a la prestación de estos servicios.

2.2 Documentos electrónicos.

Es uno de los antecedentes más importantes del contrato electrónico, ya que con el continuo avance de la informática, cada día se utiliza más este medio y atrás están quedando los documentos que se imprimían en papel para darle paso a los documentos que tienen su base en medios electrónicos, estos reciben diferentes nombres, como electrónicos, digitales y mensajes de datos.

La doctrina los clasifica en públicos y privados, siendo privados cuando únicamente tienen la firma de una persona y son públicos cuando un Notario les da fe pública; con la salvedad que por ser medios electrónicos, la firma debe ser electrónica, y con esto nace lo que es un contrato electrónico.

2.3 Definición de contrato electrónico.

La contratación es un medio que se utiliza desde la antigüedad para realizar negocios, pero con los avances que la humanidad ha tenido en el ámbito tecnológico, ha ido evolucionando, a tal grado, que hoy día se puede realizar un negocio o un

contrato con dos personas que se encuentren en diferentes partes del mundo en el mismo momento, sin la necesidad de estar presentes físicamente, sino unidos por un canal de comunicación que permite unir a estas personas y manifestar su deseo de realizar negocios.

Una definición de contrato electrónico o como la doctrina puede llamarle también contrato digital, es: “Un acuerdo de voluntades en el que las partes se comprometen a realizar una obligación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Esta clase de contratos se caracterizan porque las declaraciones de voluntad que prestan los sujetos intervinientes se manifiestan a través de medios electrónicos, surgiendo problemas derivados del hecho de que el acuerdo de voluntades no pueda efectuarse de forma directa”¹².

Los contratos electrónicos, tienen como fin el de crear, modificar o extinguir una obligación, con la única diferencia que la forma de realizarlos es por medios electrónicos, y el medio por el cual la manifestación de voluntad se da, es por medio de la tecnología; es decir, que la aceptación de la voluntad, debe manifestarse, a través de una computadora, de las diferentes formas en que se puede introducir la información; la definición, al mencionar que existen problemas con expresar la voluntad de forma directa por este medio, muchas veces se refiere, a que contratos de este tipo se realizan por medio de adhesión a las cláusulas y no da opción a que el usuario se manifieste al respecto.

Otra definición de contrato electrónico es la que nos brinda Andrea Sarra: “la contratación por medios digitales es la que se lleva a cabo, desde la formación del consentimiento hasta la ejecución del contrato, mediante dispositivos de enlace electrónico que se comunican interactivamente por canales de red basados en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados, con el fin de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”¹³

¹² Barrios Osorio, Omar Ricardo; Derecho e Informática, 2da edición, Guatemala, Ediciones Mayte, 2006, pg.

89

¹³ Sarra, Andrea Viviana; Comercio Electrónico y Derecho, Argentina, Editorial Astrea, 2001, pg. 346

La autora de esta definición, es muy precisa al indicar los medios por los que debe llevarse a cabo este tipo de contrato, las condiciones que debe de cumplir para que sea catalogado como electrónico, el manejo de información dentro de este contrato, y manifestar la voluntad de forma expresa y digital para que sea contrato electrónico.

Resulta pues manifiesto que el punto medular a destacar para que un contrato sea considerado electrónico no es en sí el objeto o las partes que intervengan en el mismo sino "...la forma en que las partes se obligan; entran en esta categoría todos aquellos contratos que se realizan mediante la utilización de algún elemento electrónico que intervenga en el proceso de formación de la voluntad de los contratantes..."¹⁴

2.3.1 Objeto.

El objeto de la contratación electrónica se basa en el fin que tiene, ya que al ser catalogado como electrónico, lo primero con lo que se relaciona es con computadoras, pero en realidad este contrato puede tener un objeto muy amplio de aplicación.

La doctrina clasifica al contrato electrónico según su objeto como: contrato electrónico de bienes o servicios informáticos y contrato electrónico de bienes o servicios no informáticos.

Los contratos de servicios informáticos son los llamados negocios en línea, que tienden a ser sobre algún producto o servicio informático, como la prestación de un servicio en línea, de una descarga de un software, información, bases de datos, y todos aquellos que se manejan de manera digital, ya que su realización y perfeccionamiento se realizan por medios automatizados o digitales.

Los contratos no informáticos recaen sobre productos que no pertenecen a la informática, por ejemplo, libros, alimentos, etc. Ya que muchas veces los negocios

¹⁴ Rico Carrillo Mariliana, Derecho de las Nuevas Tecnologías, Ediciones La Rocca, Argentina, pg. 269

se realizan por medios electrónicos, pero para su perfección o como se le conoce, la entrega del bien, no es informático o digital, sino que es una cosa física, tal es el ejemplo que se menciona, un libro se puede comprar en línea, pero para que este contrato de compraventa se perfeccione, se necesita que la cosa o el bien sea entregado, y esto se logra hasta que un libro sea entregado por medio del correo.

2.3.2 Formas de manifestación de la voluntad.

Dentro de los contratos electrónicos, muchas veces no es tan sencillo determinar de qué forma se manifiesta la voluntad, pero se requiere que la misma sea expresada de la misma forma que se realizó el contrato, o sea, de forma digital, o por medio de un software y que esta información sea manejada mediante un sistema digital.

Lo más importante para determinar la manifestación de voluntad en este tipo de contrato, es que la voluntad haya sido manifestada o demostrada por medio electrónico, ya que en el contrato electrónico, no es válida la manifestación de voluntad de forma verbal o autógrafa, quiere decir que no se puede escribir con el puño y letra, sino que debe quedar plasmada por medio de información digital.

Dentro de la clasificación que da la doctrina en materia informática, se encuentran tres clases, dependiendo del entorno o de como quede manifestada la voluntad:

a) Contrato Click.

En este tipo de contratos la manifestación de voluntad se expresa cuando el usuario selecciona la opción aceptar dentro del contenido que observa en la pantalla, y con esto se obliga al contenido de la misma, en la aceptación de este contrato, el usuario aceptando las cláusulas que aparecen en la pantalla, acepta el contenido del mismo, adhiriéndose, al contrato al pulsar la opción aceptar.¹⁵

¹⁵ Barrios Osorio, Omar Ricardo. Op. cit. Pgn. 92

b) Contrato Browser.

En este tipo de contrato la voluntad se manifiesta cuando se ingresa a alguna página o sitio web, solo con el simple hecho de acceder a ella, se acepta y se obliga a los términos y condiciones que la página contenga, sin tiempo de aceptar de forma tácita el contenido de la misma. Prácticamente es un contrato de adhesión, ya que sin discutir entre las partes, se acepta íntegramente el contenido, sin ni siquiera dar un click en aceptar, con el simple hecho de acceder a una página, se acepta el contenido de la misma, entendiéndose como esto el consentimiento al contenido de la misma

c) Firma Electrónica.

A diferencia de los contratos click y browser, que son contratos de adhesión, en contratos donde la voluntad se manifiesta por ambas partes de una forma verdadera, se realiza por medio de la firma electrónica, que es un sistema electrónico de reconocimiento de caracteres que autentica la identidad o le da mayor veracidad a un documento electrónico, en este caso, valida la manifestación de voluntad. Dentro de este tipo de contratos, donde la voluntad se manifiesta y ratifica por medio de la firma electrónica, se permite a las partes, discutir el contenido de las cláusulas que conforman el contrato, ya que para poder firmarlo electrónicamente, se debe de estar de acuerdo con el contenido del mismo.

Para estos tipos de manifestación de voluntad, es necesaria y fundamental que sea expresada por medios electrónicos, de forma digital, ya que de otra manera, dejaría de ser contrato electrónico y pasaría a formar parte de otra categoría de contratos.

Ahora bien de acuerdo a lo que establece la Ley Modelo sobre Comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional la manifestación de voluntad puede ser dada por medio de un mensaje de datos, entendido éste como "...la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el

télex o el telefax.”¹⁶ Sin que el hecho de que la plataforma utilizada para dicha manifestación de voluntad sea electrónica le reste validez y efectos legales.

2.4 Definición de contratos informáticos.

Los contratos informáticos se derivan, como su propio nombre lo indica, de la informática, ya que tienen su principal característica y sentido es este. Esto quiere decir que un contrato es informático en cuanto a su forma: porque el mismo es creado por medios electrónicos, y en cuanto al fondo: el mismo puede tener base física o electrónica, pero lo principal es que el objeto de este contrato para que sea informático, es que sea relativo a bienes o servicios informáticos.

Un contrato informático se define como: “aquel cuyo objeto sea un bien o un servicio informático, o ambos, o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático”¹⁷

Este tipo de contratos, como lo indica la definición, necesita tener como fin u objeto la prestación de servicios y bienes que sea relativos a la informática, y al referirse a la informática como fin, resulta un sin número de bienes o servicios que resultan derivadas de esta, sin embargo, los contratos informáticos, son relativos a los que sea de lícito comercio dentro de este amplio campo informático.

Otra definición de contrato informático, según Barrios Osorio es: “acuerdo de voluntades de dos o más personas que convienen en crear, modificar, o extinguir una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer, en el cual la prestación u objeto del contrato está relacionada con elementos propios de los sistemas de información automatizados, proporcionar Hardware, Software o cualquier actividad relacionada con insumos informáticos”¹⁸

¹⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, pg. 4. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf fecha de consulta 29 de enero 2014.

¹⁷ Téllez, Julio; Derecho Informático, 3a edición, México, McGraw-Hill, 2004, pg. 123

¹⁸ Barrios Osorio, Omar Ricardo, Op. cit. 83

Esta definición, cuenta con los elementos principales y de mayor relevancia que se pueden proporcionar con relación al contrato informático, ya que divide en dos partes los elementos que proporcionan: la primera parte y sobre lo que se basa la definición es a cerca del contrato, que crear, modifica, o extingue una obligación o derecho, siendo en estos casos, una obligación de dar o recibir un servicio de carácter informático; la segunda parte de la definición, regula sobre que materia y bienes esta sujeto este contrato, así como las condiciones en que el mismo debe de realizarse.

Delimita los bienes que pueden ser objeto de este contrato al indicar que debe de estar relacionados con elementos propios de los sistemas de información automatizada o informática, así como sus componentes indispensables para el funcionamiento de operadores o máquinas y programas que permitan en ingreso y egreso de información.

2.4.1 Elementos del contrato informático.

Dentro de los elementos del contrato informático encontramos la siguiente división que la doctrina proporciona¹⁹ :

a) Elementos Personales:

Son los elementos que intervienen en el contrato, teniendo al proveedor que es toda persona individual o jurídica que presta el servicio o provee bienes informáticos Y el Usuario es toda persona individual o jurídica que utiliza los bienes o servicios informáticos.

b) Elementos Reales:

En este contrato son todos los servicios o bienes informáticos que son objeto del contrato.

¹⁹ Villegas Lara, Rene Arturo, Op. Cit. Pgn. 45

c) Elementos Formales:

Corresponde a las formas para realizar el contrato informático, las cuales puede ser de dos maneras, cuando se realice de forma electrónica y cuando se utiliza la base física o formato de papel mismo que se divide en documento privado o escritura pública.

2.4.2 Clasificación de los contratos informáticos.

La doctrina clasifica a los contratos informáticos de la siguiente manera

a) contratos que atienden a bienes informáticos.

a.1) Entre los que destacan los contratos relativos al Hardware, consistentes en un objeto físico de la computadora, partes, arrendamiento, compraventa de estos, mantenimiento, etc. Siempre que su fin sea la parte externa del servidor.

a.2) Contratos relativos al software o parte interna de la computadora, tal como programas, sistemas operativos, licencias de programas, y todo lo relativo al uso de la parte interna de la computadora.

a.3) Contratos relativos a la información: siendo este uno de los contratos que mayor importancia tiene dentro de esta clasificación, ya que por su complejidad al manejo de información, requiere de mayores controles y cláusulas, para determinar el sentido del contrato, ya que por la naturaleza del mismo, y al manejo de información que es el bien jurídico tutelado en los contratos informáticos, se necesita que la misma se resguarde y se garantice durante su manejo; dentro de estos contratos se encuentran los contratos de bases de datos, digitalización de información, copias de seguridad o respaldo, compraventa de datos o de información, abarcado lo relativo al manejo de información.

b) Contratos informáticos relativos a servicios accesorios.

Estos contratos son el resultado del crecimiento de los servicios accesorios que garantizan la operación de sistemas informáticos, siendo los que permiten garantizar

el correcto funcionamiento del mismo por medio de auditorías informáticas, capacitaciones de usuarios, ayuda en línea, y lo relativo al soporte de sistemas de información.

c) Contratos relativos a los servicios y desarrollos de Tecnologías de Información y Comunicación.

Con la conexión por medio de redes para facilitar la comunicación y el flujo de información de ordenadores entre sí, surge el internet y con ello contratos informáticos que regulen el uso del mismo, para que se pueda utilizar de una mejor manera.

Entre los contratos informáticos de este tipo que más uso tienen se encuentran²⁰:

- c.1) proveedor de acceso a internet;
- c.2) suministro de información;
- c.3) edición en internet;
- c.4) renta de espacio en línea;
- c.5) distribución en línea;
- c.6) desarrollos de páginas web;
- c.7) acceso a bases de datos;
- c.8) estudio de mercado en línea;
- c.9) servicio de banca en línea;
- c.10) publicidad en línea.

2.5 Diferencia entre contratos electrónicos y contratos informáticos.

Una de las diferencias entre los contratos electrónicos y los contratos informáticos es el objeto de los contratos, ya que los contratos electrónicos tienen como objeto cualquier acción de negocio, sea o no relativa a la informática y tecnología, pero si pide que la condición sea obligatoriamente por medios electrónicos y que la manifestación de la voluntad sea expresada por este medio; mientras que el contrato

²⁰ Barrios Osorio, Omar Ricardo, Op. Cit. Pgn. 87

informático no obliga a la forma en que se realiza, ya que incluso se puede realizar en escritura pública, pero si determina que el objeto sea relativo a bienes y servicios informáticos.

Esta es una de las principales diferencias que existen entre estos contratos, pero existen otras tales como la forma de realizarlos, así como el contexto y la forma de manifestación de voluntad, tal vez siendo el más significativo de las diferencias, ya que al exteriorizar la voluntad de forma electrónica, se cuestiona si realmente se quiere manifestar o se adhiere al contrato por pura inercia del momento, o necesidad, mientras que al dejarla plasmada en un papel, se analiza y estudia las cláusulas y el entorno que rodea al contrato.

2.6 Validez ante la ley.

Tanto los contratos informáticos como los contratos electrónicos, poseen efectos jurídicos al celebrarse de la manera correcta. Estos dependerán de las circunstancias en que se lleve a cabo y de las disposiciones legales que existan para regir este tipo de contratos y a falta de alguna regulación o cuerpo legal, las disposiciones que las partes contratantes dispongan para la celebración del contrato.

La doctrina determina ciertos parámetros para determinar los efectos jurídicos o la validez de los contratos de este tipo:

a) La determinación de sus efectos por la ley:

La ley determina los efectos de los contratos, cuando dentro de un cuerpo legal se encuentren regulados las disposiciones que rigen a determinado contrato, y a falta de una ley específica, se debe tomar en cuenta las disposiciones de una ley general, para que tenga total validez.

b) La determinación de sus efectos por las partes.

Cuando las partes determinan los efectos del contrato, la mayoría de veces, se realiza por la falta de legislación específica que regule cierto tipo de contrato, es por

ello que las partes por medio de acuerdos previos a la realización del contrato, determinan las condiciones y cláusulas que darán vida al contrato.

Con la determinación por las partes de las condiciones del contrato, se debe de plasmar en base física o de papel, para la aceptación y ratificación del contenido del contrato, no importando que tipo de contrato sea, ya que con esto, existirá una legitimación de las actuaciones que las partes realicen y puede quedar en documento privado o escritura pública.

c) La determinación de sus efectos por la costumbre:

La costumbre como fuente del derecho, tiene una importancia en casos en que la ley no regula situación alguna, tal como lo indica el artículo 2 del decreto número 2-89 Ley del Organismo Judicial, al indicar en el párrafo segundo: “La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley.” Al respecto, la costumbre regirá los actos repetitivos que no estén contrarias a la ley o la moral, y que existan precedentes que se han realizado de forma continua y les dará legitimación a los mismos.

d) La determinación de sus efectos por la jurisdicción ordinaria:

Así como la costumbre y la ley son fuentes del derecho, la jurisprudencia juega un papel importante en el sentido de que también es una fuente, ya que al ser dictada por un órgano superior de justicia, se convierte en legitimadora en los casos en que corresponda²¹.

En Guatemala, la única ley que regula lo relativo al comercio electrónico es la ley de firmas electrónicas.

²¹ *Ibíd.*, Pg. 96

CAPITULO III

DERECHO BANCARIO

3.1 Antecedentes.

La evolución histórica del Derecho Bancario, se remontan a miles de años atrás, ya que esta rama del derecho, es muy antigua como el comercio en sí, porque al aumentar el comercio, se vio la necesidad de regular la actividad dineraria o la que en su momento se daba como el trueque, el intercambio de mercaderías, los pagos en especies, la creación de monedas, hasta llegar a lo que se conoce hoy día como Derecho Bancario.

Dentro de los antecedentes del derecho bancario, es importante conocer los factores culturales, económicos, sociales y políticos que han marcado la evolución histórica en las distintas sociedades que han tenido realce e influencia a lo largo de la historia dentro del Derecho Bancario y como han influido en cambios para lograr consolidar esta rama jurídica.

3.1.1 Babilonia

Como primer antecedente histórico del Derecho Bancario, se encuentra Babilonia, esta sociedad, data de 1750 años antes de Cristo, y desde aquella época, se comenzó a tratar de regular la actividad comercial por medio de los sacerdotes de aquella época, quienes eran los encargados de agilizar actividades de intermediación, y préstamos de cereales, ya que al no existir moneda, todas las operaciones comerciales se realizaban en especie. Esto lo realizaba cuando recibían por parte de jefes de tribus, grandes cantidades de cereales para su resguardo, y prestaban a pequeños agricultores, parte de estos cereales resguardados con interés, siendo esto una de las primeras actividades bancarias que se realizaban en aquella época.

Dado la necesidad de regular todo tipo de actividad tanto familiar, comercial como social, nace el código de Hammurabi que fue uno de los mayores avances de esta

sociedad. “Con Hammurabi, El reino de Babilonia alcanzo su máximo esplendor y el comercio bancario estaba en proceso de secularización, es decir había dejado de pertenecer solo a los sacerdotes y las operaciones fueron numerosas e importantes, llegándose a regular el préstamo con interés; con testigos y contrato, la comisión mercantil y el depósito”²².

La creación de este código significo un gran avance tanto en materia mercantil, como en materia bancaria, pues significó una reglamentación a toda actividad lo que es un gran antecedente para el derecho bancario.

3.1.2 Grecia

A la sociedad griega, se le distingue por haber sido notable en filosofía y un haber tenido un gran avance en las ciencias, sin embargo esta sociedad fue precursora en la emisión de moneda, lo que fue un gran avance para el derecho bancario, ya que al cambiar el sistema de trueque o transacciones en especie por el de monedas se abrió el espacio para poder realizar otros tipos de intercambio comercial por medio de piezas metálicas que poseían un valor.

A estas piezas de metal grabadas con alguna figura, se le conoció como monedas y rápidamente llegaron a ser el medio por el cual se desarrollaba las actividades comerciales en Europa por los años 600 antes de Cristo. Con este nuevo modelo de manejar los bienes, surgieron nuevas figuras como los prestamistas, los cambistas, etc.

3.1.3 Roma

En la sociedad romana se dieron los cambios significativos en cuanto a la actividad bancaria, ya que teniendo como base lo hecho en Babilonia y Grecia, y debido a la relación comercial que mantenían con otras culturas, la figura del cambista tomo auge y otras figuras que realizaban actividades netamente bancarias, los que

²² Ruiz Torres, Humberto Enrique. Elementos del derecho Bancario, México, McGraw-Hill, 1998, Pg. 4

realizan operaciones como cobros y pagos, manejo de clientes, depósitos en custodia, etc.

A lo largo de la historia de Roma, la actividad bancaria se vio regulada en parte por la Iglesia, pero las cruzadas fueron las que reactivaron el comercio internacional y por ende, la actividad bancaria, el transporte de dinero, el resguardo de especias por medio de depósitos, títulos de créditos, etc., fueron algunas de las actividades bancarias que florecieron en aquella época. “Se reconoce por ejemplo, a los Templarios, caballeros banqueros, una función muy importante porque, sustentados en sus fuerzas militares, estaban en condiciones de garantizar no solo el transporte de especies monetarias, sino su misma conservación, al recibirlas en depósito. Entre sus actividades estaba el alquiler de cajas fuertes a sus clientes, a quienes les daban una llave idéntica a la suya, antecedente incuestionable del moderno servicio de cajillas de seguridad”²³.

No cabe duda que fue en roma donde el Derecho Bancario se formalizo y se dieron una serie de acontecimientos y de actividades que son antecedentes para el Derecho que conocemos hoy día.

3.1.4 Edad Media

Durante este periodo, la actividad bancaria se vio afectada tanto por la caída del imperio romano, como por las constantes guerras e invasiones por parte del Oriente a Europa, sin embargo, fue en este tiempo que se acuñaron monedas de oro, plata y bronce y se crean en Italia, casas de cambio y entidades que prestaban dinero a interés que tienen una sede fija y se consideran a estos como los primeros bancos.

Con la creación de los bancos, aumento la cantidad de servicios que prestaban y se tuvo mayor confiabilidad y certeza de las transacciones que se realizaron por medio de estos, ya que tenían una casa matriz o sede fija y se crearon ciertos procedimientos para las actividades que realizaron.

²³ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios, Su significación en América Latina, Colombia, Legis Editores S.A. 2002, Pg. 122

3.1.5 Época Moderna

Con los grandes cambios que hubo en el comercio, y la apertura de nuevos mercados las entidades bancarias tomaron realce dentro de la sociedad, ya que eran las encargadas de resguardar y controlar la moneda y figuras como el préstamo a interés vuelven a tomar auge.

Otro notable avance en esta época, fue la emisión del billete en papel, por medio de bancos particulares, pero el Estado finalmente respaldó la moneda, por lo que los bancos estatales fueron los únicos autorizados para la creación y emisión de billetes oficiales, y no fue sino hasta el siglo XIX cuando los Estados se dan cuenta que se debe uniformar la moneda, y ofrecer una adecuada regulación, por lo que se interesan en fundar bancos estatales con fondos públicos que se encarguen de manejar las finanzas del Estado.

El antecedente de los créditos bancarios es la creación de la moneda fiduciaria, que consistía en papel moneda que la tesorería del banco emisor la respaldaba por medio de su patrimonio, el respaldo que los bancos ofrecieron por medio de préstamos y fianzas para garantizar el pago.

Se caracteriza por la organización de los bancos existentes tanto privados como públicos, encabezados por un banco central y la creación de normas para regular la actividad bancaria, ya que se necesita que esta, sea realizada con transparencia y total control tanto del estado, como de los mismos banco, y es por ello que nacen instituciones que se encargan de regular las actividades bancarias.

3.2 Actividad bancaria en Guatemala.

Con la creación del Estado de Guatemala, su funcionamiento y su organización tanto política como económica, se vio la necesidad de incursionar la banca en el nuevo Estado, y fue en el siglo XIX cuando nació la Banca en Guatemala, comenzaron a operar Bancos de capital privado que prestaban servicios bancarios de la época y

trajeron consigo desarrollo económico, y un crecimiento en el comercio al facilitar capital para el trabajo.

Con la creación de bancos privados, existieron algunos que emitían sus propios billetes y por ello se comenzó con la regulación de los bancos del sistema por parte del gobierno, quien era en encargado de autorizar operaciones a las entidades bancarias.

3.2.1 Reforma Bancaria de 1924

La banca en Guatemala opero, por mucho tiempo con control estatal, pero en segundo plano, pero por los años de 1924, cuando termino el gobierno de Estrada Cabrera, se dieron muchos cambios, incluidos los cambios a la forma de la banca en Guatemala, y es por ello que ocurre la primera reforma bancaria, misma que ocurre entre los años 1924 y 1926. Durante esta reforma, se crea el dos de mayo de 1925 el Banco Central de Guatemala, entidad mixta con capital estatal y privado, que se encargó de ser la única entidad emisora de moneda nacional, y con esto se inició el proceso de sustitución del peso por el quetzal.

La banca guatemalteca, tuvo cambios derivados de la depresión económica de los años treinta, ya que se manejaba que el patrón oro, donde se podía cambiar el valor nominal de un quetzal por un dólar americano, o su equivalente en oro puro, pero por la crisis económica en 1933, se elimina el patrón oro y únicamente se maneja la moneda en curso.

3.2.2 Reforma bancaria de 1946

Los cambios siguientes al periodo de revolución, dieron como resultado una segunda reforma bancaria, con cambios significativos que siguieron vigentes hasta el año 2002. En el año de 1946 se emitió una moderna Ley de Bancos, decreto 315, y una Ley Monetaria, nace el Banco de Guatemala y la ley orgánica del banco de Guatemala, decreto 215, cambios que dieron como resultado que la ley de bancos y su regulación para Guatemala fueran la más moderna de la época, y en el Banco de

Guatemala pasa a ser el único ente autorizado para emitir la moneda nacional, el quetzal, y sustituye al Banco Central de Guatemala, que opero en el país por veinte años. Con esto se logró crear las condiciones necesarias para ordenar el crecimiento de la economía nacional.

3.2.3 Reforma Bancaria de 2002

La última reforma bancaria que se realizó en el país, fue para fortalecer el sistema bancario, que se encontraba debilitado como consecuencia de malos manejos y de irregularidades de operaciones bancarias, que condujeron a la desconfianza del sistema bancario nacional.

Por ello en el año dos mil dos, se realiza una nueva reforma bancaria, con la que se aprueban un paquete de leyes bancarias, que fortalecen el sistema por medio de mayores controles y entidades que supervisen de mejor forma la actividad bancaria en el país.

En el 2001 se emite la Ley de Libre Negociación de Divisas y la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, que fueron leyes importantes que antecedieron a la reforma y crearon entidades como la Intendencia de Verificación Especial, parte de la Superintendencia de Bancos, que se encargan de controlar actividades bancarias para Guatemala y evitar transacciones irregulares.

Otras leyes que se autorizaron en la reforma bancaria fueron la nueva Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, la Ley Monetaria, la Ley de Supervisión Financiera. Estas leyes bancarias, junto con la reforma tributaria, fortalecieron el sistema bancario, regularon de mejor forma la actividad financiera del país y le devolvieron la credibilidad a las entidades bancarias.

La Superintendencia de Bancos, como lo regula el último párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de la Republica: “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”. En base a este artículo, la Intendencia de Verificación Especial, es un órgano dependiente de la Superintendencia de Bancos (SIB), ya que la misma Constitución es quien faculta la única y exclusiva vigilancia y control a la SIB.

Con respecto a la emisión de la moneda nacional, la Constitución Política de la Republica, en su artículo 132: “es potestad exclusiva del Estado, emitir y regular la moneda”. Con este precepto constitucional, se protege y garantiza que el único emisor de la moneda nacional es el Estado, con el fin de tener una moneda segura, con estándares de calidad y evitar las falsificaciones, así como de mantener una economía saludable para el beneficio del País.

3.3 Derecho Bancario.

La actividad comercial ha estado presente en las distintas sociedades a través del tiempo, es por ello que las personas recurrían a entidades que prestaran servicios como el resguardo de bienes, préstamo de capital para trabajo, transacciones monetarias, depósitos de dinero y este se manejara de forma segura. Estos lugares a lo largo de la historia se han conocido con distintos nombres, hasta adoptar el nombre de Bancos.

Al aumentar la actividad de los Bancos, el Derecho vio la necesidad de destinar una rama específica para poder regular y controlar la actividad de los Bancos, es así como nace el derecho bancario.

Manuel Ossorio, define al derecho Bancario como: “el conjunto de normas jurídicas, integrantes del derecho mercantil, que se refiere a las personas, las cosas y los negocios, mediante los cuales se realizan las operaciones bancarias”²⁴ ; al referirse al derecho mercantil dentro de la definición, hace énfasis en que la actividad bancaria es una actividad remunerada, se comercia con bienes y servicios que se prestan a clientes, por ello se considera una actividad mercantil, es por ello que el derecho,

²⁴ Ossorio, Manuel, Op.cit., pg. 316

debe destinar normas específicas para regular una actividad derivada del manejo del dinero, los negocios que de este resulten y a ello se le denomina operaciones bancarias.

“Derecho bancario es el conjunto normativo, jurisprudencial y doctrinal que regula la estructura y funcionamiento de las entidades de crédito bancarias o entidades de depósitos, así como las operaciones realizadas con el público en general, incluido sus clientes, y con otras entidades de crédito.”²⁵

La regulación de la actividad bancaria, se ejerce sobre todo tipo de actividad mercantil, que sea relacionada con los bancos, mismo que se apoya en el derecho mercantil, civil, tributario y administrativo para cumplir la función reguladora sobre la actividad bancaria.

El derecho bancario, debido a su naturaleza y las partes que intervienen en el, doctrinariamente se divide en derecho bancario público, cuando se apoya en normas de carácter constitucional, fiscales y administrativas; mientras que se denomina derecho bancario privado, cuando intervienen normas civiles y mercantiles. Se hace la división de carácter público y privado, porque las partes que intervienen en el derecho bancario, pueden tener una relación Estado-particulares o solamente entre particulares, ya que al ser reguladora de relaciones, debe de tener claro entre quienes se desarrolla las operaciones bancarias.

3.3.1 Fuentes del derecho bancario.

Las fuentes del derecho bancario, se clasifican al igual que las demás ramas del derecho en fuentes reales y fuentes formales, pero con la complejidad que el derecho bancario debe de tomar en cuenta ciertos aspectos, debido a su relevancia económica.

²⁵ Ramírez Gaitán, Daniel Ubaldo, Derecho Bancario y Bursátil, Guatemala, Zona Grafica, 2010, pg. 23

Las fuentes reales del derecho, son “los factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, éticos, que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas.”²⁶ Los cuales dentro del derecho bancario influyeron para el contenido del mismo, y en Guatemala, son los factores que tomaron en cuenta la Constitución Política, las leyes aprobadas por el Congreso en materia bancaria, los factores que toma en cuenta la Junta monetaria en la emisión de reglamentos relativos a la actividad bancaria, y todos aquellos acontecimientos que influyen en el diario vivir para tomar en cuenta en la creación de normas relativas al derecho bancario.

Las fuentes formales del derecho, doctrinariamente han sido la ley, la costumbre y la jurisprudencia, teniendo en cuenta que la costumbre en materia bancaria en el país, ha sido parte de la fuente del derecho bancario, en el sentido de interpretación y aplicación.

Mientras que la ley es la fuente principal del derecho bancario, ya que al ser la parte ordenadora y reguladora del derecho, y al emanar del órgano legislativo, la convierte en el principal medio para poder cumplir con el ordenamiento y regulación de la materia bancaria dentro del derecho, juntamente con la jurisprudencia, que dicta el Organismo Judicial, sino que también en este caso, la Junta Monetaria, son las principales fuentes del derecho bancario.

La jerarquización de las leyes en materia bancaria en Guatemala la encabeza la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes Bancarias, y las resoluciones y reglamentos de la Junta Monetaria.

3.3.2 Partes del derecho bancario.

Dentro del derecho bancario, existen instituciones, personas y actividades que lo conforman, tal es el caso que necesita clasificarse e individualizarse para poder analizarse y conocer cada parte que lo conforma. Dentro de las partes con mayor relevancia dentro de la actividad Bancaria se encuentra:

²⁶ Pacheco Gómez, Máximo. Introducción al Derecho, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, Pg. 315

a) Los bancos

Un banco es una persona jurídica que con ánimo de lucro, recibe de clientes en forma de depósitos, fondos para su manejo, basados y regulados por leyes específicas que ordenan la materia bancaria. Los Bancos, dentro de la actividad que realizan, tienden a ser intermediarios financieros, es decir, captan de unos clientes, para poder prestar a otros recursos económicos, y generando ganancia de dicha actividad.

b) Sociedades financieras

Según el artículo 1 del Decreto Ley No. 208 del año 1964, Ley de Sociedades Financieras Privadas “son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de banca, de inversión, promueven la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazo”.

c) El riesgo en la actividad bancaria

Se entiende como riesgo, el estar expuesto a daños o pérdidas dentro de los negocios o actividades bancarias, es por ello, que el artículo 55 del Decreto 19-2002 regula los riesgos de la actividad bancaria “los bancos y las empresas que integran grupos financieros deberán contar con procesos integrales que incluyan según el caso, la administración de riesgo de crédito, de mercado, de tasa de interés, de liquidez, cambiario, de transferencias, operacional y otros a que este expuestos, que contengan sistemas de información y un comité de gestión de riesgos, todo ello con el propósito de identificar, medir, monitorear, controlar y prevenir los riesgos”.

d) Recursos

Los recursos propios de los bancos consisten básicamente en su capital y las reservas, se destinan a enfrentar los gastos de funcionamiento, sirven para soportar pérdidas.

Los recursos de terceros son los depósitos captados del público y otras operaciones que se realizan dentro de las actividades bancarias autorizadas.

e) Liquidez y solvencia

La liquidez como la define Daniel Ramírez, “es la capacidad de un banco, de hacer frente al retiro de depósitos y obligaciones corrientes”²⁷

La solvencia de un banco es relativa a la relación del capital con las reservas y la estabilidad que presente para hacer frente a las operaciones que realice.

f) Secreto bancario

Se encuentra regulado en el artículo 63 del decreto 19-2002, Ley de Banco y Grupos Financieros, al establecer la confidencialidad de operaciones: “salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero y otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, 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 de confidencial de la entidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades”

La confidencialidad en la actividad bancaria, últimamente se ha cuestionado, ya que existe la posibilidad de eliminar el secreto bancario para evitar que exista enriquecimiento ilícito y evitar todo tipo de defraudación fiscal.

3.4 Banco de Guatemala.

Una definición del Banco de Guatemala, la proporciona el Decreto número 16-2002 del Congreso de la República, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala mediante su Artículo 2 “El Banco de Guatemala como Banco Central de la República, quien el texto de esta ley podrá denominarse indistintamente, el Banco o Banco Central, es

²⁷ Ramírez Gaitán, Daniel, Op.Cit., Pg. 41

una entidad descentralizada, autónoma con personalidad jurídica, patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones de duración indefinida y con domicilio en el departamento de Guatemala.”

El Banco de Guatemala también se encuentra manifestado dentro de la Constitución Política de la República mediante su artículo 132 donde establece que el Banco de Guatemala es una entidad autónoma, posee patrimonio propio y establece la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y la Ley Monetaria como marco legal.

Es el principal Banco del sistema nacional por contar con el respaldo del Gobierno, dentro de sus funciones se encuentra centralizar los fondos de las instituciones financieras que conforman el sistema financiero nacional (incluyendo el sistema bancario nacional), también se encarga de emitir la moneda nacional y contribuye a la creación y mantenimiento de las mejores condiciones para el desarrollo de la economía nacional, regular la liquidez del sistema bancario nacional, regular el sistema de pagos, administrar las reservas monetarias y las demás que se encuentran reguladas en el artículo 4 del decreto número 16-2002.

El objetivo principal del Banco de Guatemala, como lo establece el Artículo 3 del Decreto número 16-2002, es el de “contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciara las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios”. Quiere decir que se encarga de mantener una estabilidad económica en Guatemala como Banco Central.

“Los orígenes legales e institucionales del actual sistema de banca central en Guatemala se remontan al período de la reforma monetaria y financiera de 1924-1926. Entonces, fue creado el Banco Central de Guatemala como establecimiento de

emisión, giro y descuento, de carácter privado y con participación del Estado como accionista”.²⁸

Fue fundado el 11 de diciembre de 1945 por medio del decreto 245 del Congreso de la República de Guatemala. La Dirección del Banco de Guatemala corresponde a la Junta Monetaria, la Administración al Gerente General, quien también funge como representante general. El actual Presidente del Banco de Guatemala es el Lic. Edgar Baltazar Barquín Durán. El Presidente del Banco de Guatemala también lo es de la Junta Monetaria y el Vicepresidente es el suplente del mismo.

3.5 Servicios bancarios en Guatemala.

Los bancos, dentro de su amplia gama de servicios financieros que ofrecen al público, cuentan con diferentes tipos de propuestas para satisfacer las distintas necesidades de los clientes; esta actividad se le denomina operaciones financieras.

Las operaciones financieras en la doctrina se dividen dependiendo de su contenido en:

a) Operaciones Activas:

“operaciones de cuya realización, nace para el banco un derecho, es decir, que al momento de ser contabilizados, acrecientan los rubros del activo”²⁹

b) Operaciones Pasivas:

Caso contrario a las operaciones activas, estas representan una obligación para el banco.

c) Operaciones Neutras o Complementarias:

Servicios en los que no alteran los balances del banco, es una intermediación que se da en servicios que el mismo banco presta.

²⁸ Banco de Guatemala, Guatemala, 2013, Disponible en: <http://banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica>, fecha de consulta: 16 de noviembre de 2013

²⁹ Ramírez Gaitán, Daniel. Op.Cit. pg. 80

3.5.1 Clasificación legal.

El artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, establece la clasificación legal que regula la actividad bancaria en Guatemala:

a) Operaciones Pasivas:

- 1) recibir depósitos monetarios;
- 2) recibir depósitos a plazo;
- 3) recibir depósitos de ahorro;
- 4) crear y negociar bonos y pagares,
- 5) obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros.

b) Operaciones Activas:

- 1) Otorgar créditos;
- 2) Realizar descuento de documentos;
- 3) Otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito;
- 4) Conceder anticipos para exportación;
- 5) Emitir y operar tarjetas de crédito.

c) Operaciones de Confianza:

- 1) Otorgar garantías;
- 2) Prestar avales;
- 3) Otorgar fianzas,
- 4) Emitir cartas de crédito.

d) Servicios:

- 1) Actuar como fiduciario;
- 2) Comprar y vender moneda extranjera;
- 3) Apertura de cartas de crédito;
- 4) Efectuar operaciones de cobranza;
- 5) Realizar transferencia de fondos;
- 6) Arrendar cajillas de seguridad.

3.6 Contratos bancarios.

Como toda relación comercial, dentro de la Banca nacional, existe una serie de contratos que se celebran con frecuencia entre las entidades bancarias que operan en Guatemala y los clientes, que son ofrecidos como servicios, pero realmente son contratos que se celebran entre ambas partes, siendo la entidad Bancaria quien impone las condiciones en que se celebrara el contrato.

La mayoría de veces, el cliente tiene que aceptar las clausulas, y adherirse a las mismas, ya que dentro de estos contratos, no se da opción a negociar las condiciones en que se celebrará el contrato.

Dentro de los contratos más comunes o de mayor uso en la banca nacional se encuentra:

- a) Tarjeta de Crédito Bancaria;
- b) Contrato de Reporto;
- c) Arrendamiento Financiero;
- d) Fideicomiso;
- e) Factoraje;
- f) Contrato de Banca en Línea.

De la clasificación anterior, se clasifican como contrato bancario el servicio de Banca en línea, ya que para poder utilizar este canal tecnológico que el banco pone a disposición de los usuarios, es necesario firmar un contrato por escrito, al igual que para los demás descritos, y aceptar las condiciones que el banco dispone para el uso de este medio, al igual que para el uso de una tarjeta de crédito, el cliente se adhiere a las condiciones que en el contrato se describe, es por ello que este servicio se clasifica como un contrato celebrado con el banco.

CAPITULO IV

JUNTA MONETARIA

4.1 Junta monetaria.

La constitución política de la República de Guatemala mediante su artículo 132 establece “las actividades monetarias, bancarias y financieras estarán organizadas bajo el sistema de banca central el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la deuda pública. Dirigirá este sistema, la Junta Monetaria.”

Una definición de Junta Monetaria la proporciona el artículo 133 de la Constitución Política de la República “la junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional.” En este artículo se establecen las funciones que constitucionalmente se le han conferido a la Junta Monetaria.

Tal es la importancia que posee la junta Monetaria, que la misma Constitución Política le asigna una función privilegiada para guiar las políticas financieras del país, convirtiéndose en el ente de mayor jerarquía en materia bancaria, responsable del desarrollo económico de Guatemala.

4.2 Integración de la junta monetaria.

Dentro de la legislación nacional, se encuentra estipulado como debe de integrarse la Junta Monetaria, ya que al ser la entidad de mayor jerarquía dentro del ámbito bancario, se debe de tomar en cuenta, que sus integrantes deben de ser personas idóneas para ocupar los cargos, capaces de poder generar las políticas que determinen el crecimiento económico del país.

Dentro del artículo 13 del Decreto 16-2002 se establece como debe de integrarse la Junta Monetaria:

- a) un Presidente quien también lo será del Banco de Guatemala,
- b) los Ministros de Finanzas Públicas; Economía; y Agricultura, Ganadería y Alimentación,
- c) un miembro electo por el Congreso de la República,
- d) un miembro electo por las asociaciones empresariales de comercio, industria y agricultura,
- e) un miembro electo por los presidentes de los concejos de administración o Juntas Directivas de los Bancos privados nacionales y
- f) un miembro electo por el Concejo Superior de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En el artículo 132 de la Constitución Política se establece que los últimos tres miembros, o los electos por las asociaciones empresariales, por los bancos y por la Universidad de San Carlos, duraran en el ejercicio de las funciones por un periodo de un año.

De igual forma, se establece que todos los miembros tienen suplentes, salvo el presidente, a quien lo sustituye de forma directa el vicepresidente que puede participar de todas las sesiones, pero cuando se encuentre el presidente, no contara con voto. A la ausencia del presidente, el vicepresidente asume directamente la presidencia.

Los requisitos para ser miembro de la Junta Monetaria, es que las personas sean de reconocida honorabilidad y de notoria preparación y competencia en materia económica y financiera.

Actualmente la Junta Monetaria se encuentra presidida por el Licenciado Edgar Baltazar Barquín Duran, quien también es el presidente del banco de Guatemala, los ministros de Economía Lic. Sergio de la Torre; la ministra de Finanzas Publicas Licda. María Concepción Castro; y el ministro de Agricultura, Ganadería y Alimentación el Ing. Elmer López Rodríguez.

4.3 Atribuciones de la junta monetaria.

Dentro de las principales atribuciones que tiene la Junta Monetaria están las reguladas en el artículo 26 del decreto 16-2002 se encuentran las siguientes:

- a) Determinar y evaluar la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, incluyendo las metas programadas, tomando en cuenta el entorno económico nacional e internacional,
- b) velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional,
- c) Reglamentar los aspectos relativos al encaje bancario y al depósito legal de conformidad con dicha ley,
- d) Reglamentar la cámara de compensación bancaria o cualquier otro instrumento o mecanismo que persiga los mismos fines de aquella,
- e) Autorizar a propuesta del Gerente General, la política de inversiones de las reservas monetarias internacionales,
- f) Establecer las reservas necesarias para fortalecer el patrimonio del banco,
- g) Aprobar el presupuesto de ingresos y egresos del Banco de Guatemala y también el de la Superintendencia de Bancos,
- h) Aprobar o modificar la estructura administrativa del banco de Guatemala a propuesta del Gerente General; y
- i) Nombrar y remover al Gerente General y demás autoridades y funcionarios superiores del banco,
- j) Aprobar anualmente los estados financieros del banco,
- k) Aprobar anualmente para su publicación la memoria de labores del Banco Central,
- l) Emitir los reglamentos que de conformidad con esta y otras leyes le corresponde,
- m) Aprobar las disposiciones, normas o instrumentos legales que someta a su consideración la Superintendencia de Bancos, o en su caso, el Banco de Guatemala; y,
- n) Ejercer las demás atribuciones y facultades que correspondan, de acuerdo con esta Ley, la Ley Monetaria y otras disposiciones legales aplicables.

La reglamentación de aspectos regulados a la banca nacional, es uno de los aspectos más importantes dentro de las atribuciones de la Junta Monetaria, ya que a falta de regulación legal en algunos aspectos, se encarga de Regular por medio de reglamentos o disposiciones y esto se convierte en su fundamento o soporte emanado del órgano de mayor jerarquía dentro de la banca nacional.

4.4 Reglamentos de la Junta Monetaria.

Dentro de las atribuciones de la Junta Monetaria, la función de emitir reglamentos es una de las principales y más importantes, ya que con esto se logra la regulación de muchas áreas dentro de la economía nacional que no poseen una ley específica o no se encuentran regulado dentro de la legislación nacional.

Cuando un caso específico no se encuentra regulado dentro de la legislación nacional, ya sea porque el trámite para que sea promulgada como ley resulte muy largo, o porque la cuestión a tratar sea financiera que solo la Junta Monetaria sea la encargada de supervisar y controlar, se trabaja en forma de proyecto de reglamento, la cual la Junta Monetaria debe analizar y emitir en forma de reglamento.

Dentro de los últimos reglamentos emitidos por la Junta Monetaria se encuentran:

Índice de normas y resoluciones de Junta Monetaria, aplicables a bancos y otros.³⁰

- a. Resolución número JM-97-2007; Reglamento para las Operaciones de Depósito y de Retiro de Numerario, en Moneda Nacional, que Efectúen los Bancos del Sistema en el Banco de Guatemala; carpeta 2007.

Regula las operaciones de depósito y retiro que realizan los bancos del sistema con abono o cargo a su respectiva cuenta de depósitos monetarios en moneda nacional, constituidos en el Banco de Guatemala, utilizando para el efecto billetes y monedas metálicas.

³⁰Superintendencia de Bancos, normativa, reglamentos, Guatemala, 2013, disponible en: http://www.sib.gob.gt/web/sib/leyesyreglamentos/reglamentos?p_p_id=86&p_p_action=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=5& , fecha de consulta: 27 de enero de 2014

- b. Resolución número JM-138-2007; Reglamento de Requisitos Mínimos que deben Incorporarse en la Contratación y Alcance de las Auditorías Externas de las Empresas Especializadas en Servicios Financieros, Cuando Formen Parte de un Grupo Financiero; carpeta 2007.

Regula los requisitos mínimos que deben incorporarse en la contratación y alcance de las auditorías externas de las empresas especializadas en servicios financieros, cuando formen parte de un grupo financiero.

- c. Resolución número JM-140-2007; Reglamento de la Cámara de Compensación Automatizada; carpeta 2007.

Regula la administración y funcionamiento de la Cámara de Compensación Automatizada, por medio de la cual, se compensara las transacciones electrónicas recibidas por cada banco o sociedad financiera a cargo de los demás bancos o sociedades financieras.

- d. Resolución número JM-154-2007; Reglamento para la Recepción de Depósitos a Plazo en Moneda Nacional, a ser Constituidos en el Banco de Guatemala; carpeta 2007.

Regula la recepción de depósito a plazo en moneda nacional, los cuales son utilizados por el Banco Central con fines de estabilización monetaria.

- e. Resolución número JM-172-2007; Reglamento General para la Emisión de Bonos Admisibles para el Cálculo del Patrimonio Computable; carpeta 2007.

Regula los bonos que emitan los bancos y sociedades financieras, que sean admisibles como parte de su patrimonio computable.

- f. Resolución número JM-199-2007; Reglamento de calce de operaciones activas y pasivas en moneda extranjera de los bancos y sociedades; carpeta 2007.

Regula el calce de operaciones en moneda extranjera de los bancos y sociedades financieras privadas, entendiéndose como tal la diferencia máxima absoluta entre los activos netos y las obligaciones, compromisos futuros y

contingencias con las que debería operar dichas entidades, para reducir los riesgos cambiarios a que están expuestas.

- g. Resolución número JM-200-2007; Reglamento sobre adecuación de capital para entidades fuera de plaza o entidades off shore, casas de bolsa, empresas especializadas en servicios financieros, almacenes generales de depósito y casas de cambio, que forman parte de un Grupo Financiero; carpeta 2007.

Regula los lineamientos para determinar la adecuación de capital de las entidades fuera de plaza o entidades off shore, casas de bolsa, empresas especializadas en servicios financieros, almacenes generales de depósito y casas de cambio, que forman parte de un Grupo Financiero.

- h. Resolución número JM-117-2009; Reglamento para la Administración del Riesgo de Liquidez; carpeta 2009.

Regula los aspectos que como mínimo deben observar los bancos, sociedades financieras, off shores, para la administración del riesgo de liquidez.

- i. Resolución número JM-134-2009; Reglamento para la Administración del Riesgo Cambiario Crediticio; carpeta 2009.

Regula los aspectos que como mínimo deben observar los bancos, sociedades financieras, off shores y las empresas que otorgan financiamiento para la administración del riesgo de cambio crediticio.

- j. Resolución número JM-65-2010; Reglamento para la Realización de Operaciones y Prestación de Servicios por medio de Agentes Bancarios; carpeta 2010.

Regula las operaciones y prestación de servicios que los bancos realicen por medio de agentes bancarios.

- k. Resolución número JM-56-2011; Reglamento para la Administración Integral de Riesgos; carpeta 2011.

Regula los aspectos mínimos que deben observar los bancos, las sociedades financieras, las entidades fuera de plaza o entidades off shore autorizadas por la Junta Monetaria para operar en Guatemala y las empresas especializadas en servicios financieros que formen parte de un grupo financiero, con relación a la administración integral de riesgos.

- I. Resolución número JM-95-2011; Reglamento para la estandarización de cuentas bancarias; carpeta 2011.

Regula la estructura de la cuenta bancaria estandarizada para Guatemala, así como la metodología para su cálculo con el propósito de facilitar el proceso automático de transferencia de fondos que realicen los bancos, asegurando que la transmisión de los datos y liquidación de las operaciones sean válidas.

- m. Resolución número JM-102-2011; Reglamento para la Administración del Riesgo Tecnológico; carpeta 2011.

Tiene por objeto establecer los lineamientos mínimos que los bancos, las sociedades financieras, las entidades fuera de plaza o entidades off shore y las empresas especializadas en servicios financieros que forman parte de un grupo financiero, deberán cumplir para administrar el riesgo tecnológico.

- n. Resolución número JM-120-2011; Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles; carpeta 2011.

Tiene por objeto regular los aspectos mínimos que deben observar los bancos, así como las empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito que formen parte de un grupo financiero, en la prestación de servicios financieros móviles.

- o. Resolución número JM-41-2013; Reglamento para el Registro de Empresas Calificadoras de Riesgo en la Superintendencia de Bancos; carpeta 2013

Tiene por objeto regular lo relativo al registro de las empresas calificadoras de riesgo en la Superintendencia de Bancos y a la calificación de riesgo que, conforme a la ley, deban obtener las entidades sujetas a su vigilancia e inspección.

- p. Resolución número JM-42-2013; Reglamento de Concentración de Inversiones y Contingencias; carpeta 2013.

Tiene por objeto establecer las normas que deben observar los bancos, sociedades financieras, entidades fuera de plaza o entidades off shore y empresas especializadas en servicios financieros que formen parte de un grupo financiero, cuando otorguen financiamiento de cualquier naturaleza, a una persona individual o jurídica, de carácter privado o a una sola empresa o entidad del Estado o autónoma, o a dos o más personas relacionadas entre sí o vinculadas, y que formen parte de una unidad de riesgo.

- q. Resolución número JM-43-2013; Reglamento para la Autorización de Funcionamiento de las Entidades Fuera de Plaza o Entidades Off Shore; carpeta 2013

Regula lo referente a los requisitos, trámites y procedimientos para la autorización de funcionamiento de las entidades fuera de plaza o entidades off shore en el país, por parte de la Junta Monetaria; así como lo relacionado con sus operaciones.

- r. Resolución número JM-56-2013; Tasas a aplicar y mecanismo mediante el cual se calcula el componente variable de la cuota que los bancos deben aportar mensualmente al FOPA; carpeta 2013.

CAPÍTULO V

BANCA ELECTRÓNICA

5.1 Antecedentes.

5.1.1 Internet.

La evolución que ha tomado el mundo con la creación de nuevas tecnologías, ha sido grande, de tal forma que en todo lo que se realiza hoy día, la tecnología tiene injerencia de forma directa o indirecta, y con ello, el mundo se ha convertido en una sociedad en constante comunicación y el Internet es una herramienta fundamental para lograr este objetivo, siendo el principal motor que mueve la información.

El “Internet triunfa como la nueva puerta de acceso a la información, y no podemos desconocer el hecho de que, si bien la sociedad de la información no se sostiene exclusivamente en la tecnología de Internet, ésta es y ha sido el sustrato factico principal del sustento y desarrollo de este nuevo contexto social.”³¹

Con el uso de nuevos medios de comunicación, esta plataforma se ha convertido en el principal canal de distribución de información y transporte de datos, remontando su historia a la década de los años 60’s cuando se realizó la primera conexión de ordenadores en los Estados Unidos y a través de los años, ha recibido diferentes nombre, tales como ARPANET, NSFNET y finalmente INTERNET, que en la actualidad es como se le conoce a la plataforma.

Esta consiste en una red de distribución de datos y se define como “un sistema de información global que esta lógicamente enlazado entre sí, mediante un espacio de direcciones globalmente único basado en el protocolo TCP/ IP; capaz de atender comunicaciones utilizando dicho protocolo y proporciona, utiliza o hace accesible,

³¹ Rico Carrillo, Mariliana, Derecho de las Nuevas Tecnologías, Argentina, Ediciones La Rocca, 2007, pg. 74

bien por vía pública o privada, servicios de nivel superior basados en la infraestructura de comunicaciones y relacionados con ésta.”³²

Dentro del Internet, se creó un sistema llamado Word Wide Web, o abreviado se conoce como WWW. Mismo que se utiliza para la visualización de archivos y es la principal plataforma de las páginas webs.

Esta Red, es utilizada por millones de personas, tanto para enviar y recibir datos, correos electrónicos, archivos electrónicos, y con la evolución que ha dado el comercio a través del Internet, en la actualidad se puede realizar negocios por este medio, como lo es compraventa, prestación de servicios, etc. Y los Bancos no son la excepción, ya que existen portales destinados a realizar operaciones bancarias y facilitar la utilización de los servicios bancarios por medio de Internet, sin necesidad de ir personalmente a la agencia Bancaria, el Internet acerca al usuario al Banco mediante la conexión a la red.

5.1.2 La banca electrónica en Guatemala.

Uno de los primeros pasos que la Banca Guatemalteca dio en materia tecnológica, fue la descentralización de operaciones, las cuales se realizarían por medio de aparatos capaces de recibir y enviar datos en lugares diferentes al banco. Siendo el primer dispositivo de este tipo el Cajero Automático.

“En el año de 1988 sale al mercado el “Sistema 5B” avalado por los siguientes bancos: Agrícola Mercantil, De Occidente, Internacional, Granai & Twonson y del Agro. En el año de 1992 sistema prestaba los siguientes servicios: Retiro de efectivo, Depósitos, Transferencias, Pagos de servicios varios, Consultas y Recepción de mensajes. Poco tiempo después, en el mismo año, surge la red de cajeros automáticos del Banco Industrial. Operando también con tres cajeros, funcionando totalmente en línea.”³³

³² Ibid., Pág. 76

³³ Velásquez Estrada, Juan Manuel, Estudio Tecnológico y de Mercado Acerca de los Sistemas de Banca Electrónica en Guatemala, Guatemala, 2010, tesis de Ingeniería en Ciencias y Sistemas, pág. 6

Con la introducción del Internet y el acceso de la población a las computadoras, se crearon portales webs que permitían realizar operaciones por medio de internet, al igual que con la modernización de la telefonía se dio paso a la banca móvil, que funciona por medio de teléfono.

Ante la necesidad del creciente número de clientes, los bancos guatemaltecos se han visto en la necesidad de adoptar e implementar dentro de sus agencias o sucursales lo último en tecnología, tanto para ofrecer un mejor servicio, como para tener una mejor seguridad y comodidad de los clientes y poder cubrir la demanda en servicios y operaciones, y con ello, evitar la saturación de las sucursales bancarias, descentralizando las operaciones por los medios tecnológicos.

5.2 Definición de banca electrónica.

La actividad de los bancos con la introducción de la tecnología, ha cambiado de forma evidente, de tal forma que en la actualidad, ya no es necesario estar físicamente en una agencia bancaria para realizar una operación dineraria, sino que desde la oficina, el hogar o en cualquier otro lado, incluso fuera de las fronteras del país donde opera el banco, por medio del Internet se puede realizar todo tipo de transacción económica, y tal es el impacto que la tecnología trajo al mundo bancario, que el flujo monetario se realiza de forma electrónica.

Dentro de los servicios que ofrecen los bancos, no solo a nivel nacional, sino que en todo el mundo, se encuentra uno que facilita la realización de transacciones u operaciones bancarias, llamado Banca Electrónica.

Se dice que “El concepto de banca electrónica engloba todas aquellas operaciones bancarias que se utilizan a través de medios electrónicos, mediante dispositivos especiales accesados por los usuarios.”³⁴

³⁴ Escoto Leiva, Roxana, Banca Comercial, Costa Rica, EUNED, 2007, pg. 105.

Con la banca electrónica lo que se busca, es acercar al usuario a los servicios bancarios, y que sean de fácil acceso, con el fin de agilizar las operaciones y evitar la saturación de las agencias bancarias.

Daniel Ramírez, denomina a la Banca Electrónica “al tipo de banca que se realiza por medios electrónicos, como puede ser cajeros electrónicos, teléfono y otras redes de comunicación. Tradicionalmente, este término ha sido atribuido a la banca por Internet o banco online.”³⁵

La utilización de medios electrónicos, facilita el traslado de datos a diferentes terminales situadas en diferentes puntos al de la agencia emisora, tal como es el caso de los cajeros automáticos. Al referirse a las otras redes de conexión, quiere decir que se utiliza la plataforma de Internet y la telefonía, que hoy día, juegan un papel importante, ya que es el medio para el transporte de la información, y las terminales pueden ser dispositivos telefónicos de última generación o Smartphone o una computadora que permiten tener ese enlace con el banco y realizar las operaciones bancarias, permitiendo tener mayor flexibilidad, ya que ofrecen conexión con el banco las 24 horas los 7 días a la semana.

Con el gran crecimiento en los últimos años de Internet a nivel mundial, la banca en línea ha dejado de ser un servicio exclusivo para una cierta clase y se ha abierto a casi toda la población que tiene acceso a internet, esto es visto por los bancos como otro producto más para ofrecer al mercado, pues la mayoría de bancos cobra tasas o porcentajes por el uso y manejo de la banca en línea.

Dentro de la práctica común, la denominación o nombre que recibe este tipo de servicio es el de banca electrónica, banca en línea o banca virtual, teniendo como denominador común que prestan un servicio fuera del banco por medio de un sistema o plataforma.

³⁵ Ramírez Gaitán, Daniel, Op.Cit., Pg. 48

Al referirse a la banca electrónica, como anteriormente se definió, se refiere a que el canal o medio que utiliza para llegar al usuario final es un medio electrónico (computadoras, teléfonos, cajeros automáticos, etc.), y este término engloba la utilización de redes de comunicación (telefonía e Internet), por lo es un término muy amplio, ya que la mayor parte de dispositivos electrónicos, dependen de conexión a redes y telefonía para transmitir datos.

La banca en línea es el nombre que se le da al servicio bancario que utiliza la red de Internet para su funcionamiento, específicamente utiliza el sistema Word Wide Web, como interfaz para la página o espacio web que utiliza el banco como medio de comunicación.

La Banca Virtual “es un servicio que algunos bancos ofrecen a sus clientes, para que estos puedan realizar operaciones bancarias o acceder a información de su interés, desde un computador, ingresando al Internet.”³⁶

La similitud en el contenido de banca en línea y banca virtual, es el uso exclusivo de internet para la comunicación cliente-banco, mientras que la banca electrónica, engloba todos los medios de comunicación y no depende únicamente de Internet para lograr su función.

5.3 Elementos del contrato de banca electrónica.

Al ser considerado como contrato, y por función que el mismo tiene, el de prestar un

Servicio informático, los elementos³⁷ del contrato de Banca Electrónica son:

a) Elementos Personales:

Son los elementos que intervienen en el contrato, teniendo al Proveedor que es toda persona individual o jurídica que presta el servicio o provee bienes informáticos Y el

³⁶ Banca Virtual, Finances, Definición, Argentina, 2014, disponible en <http://www.banca-virtual.com.ar/index.php> fecha de consulta: 28 de enero de 2014.

³⁷ Villegas Lara, Rene Arturo, Op. Cit. Pgn. 45

Usuario es toda persona individual o jurídica que utiliza los bienes o servicios informáticos.

Dentro del contrato de Banca Electrónica el proveedor es el banco, quien se encarga de proporcionar, manipular y resguardar la información del cliente y el usuario, es el cliente, quien solicita los servicios de Banca Electrónica.

b) Elementos Reales:

En este contrato son todos los servicios o bienes informáticos que son objeto del contrato.

c) Elementos Formales:

Corresponde a las formas para realizar el contrato informático, las cuales puede ser de dos maneras, cuando se realice de forma electrónica y cuando se utiliza la base física o formato de papel mismo que se divide en documento privado o escritura pública.

En Guatemala, la forma común de realizar estos contratos, es de forma escrita, por medio de adhesión a las cláusulas que el banco propone y obligándose a cumplir con los requerimientos del banco.

5.4 Características.

Es un contrato Bilateral porque las partes se obligan entre sí; Consensual, porque existe consentimiento; Es un contrato Oneroso, ya que existen tasa o porcentajes por el manejo de la cuenta;

Dentro de las operaciones o acciones que se puede realizar dentro de un portal de banca electrónica de cualquier banco del sistema podemos realizar:

a) Consultas de saldos de cuentas monetarias.

b) Transferencias monetarias.

c) Pago de servicios.

d) Consulta de estados de cuenta de :

Cuentas monetarias, Cuentas de ahorro y Tarjetas de crédito.

El método con el que se puede acceder a estos sistemas de banca electrónica, es acudir a cualquier sucursal bancaria en donde el cliente posea cuenta, solicitar en secretaría que al cliente le sea habilitado el servicio de Banca electrónica, luego se firma un contrato de adhesión, por medio del cual, el cliente se obliga con el banco a utilizar de forma correcta el servicio y donde el banco se deslinda de toda responsabilidad por el mal uso del sistema electrónico. Se proporciona un nombre de usuario y contraseña o pin (personal identification number) y con esta información, por medio del portal o página web del banco, se puede acceder a la información de la cuenta o del cliente.

5.5 Marco legal en Guatemala.

En Guatemala, existen reglamentos emitidos por la junta monetaria, que regulan servicios financieros móviles, y para la administración del riesgo tecnológico, pero no existe ninguna normativa específicamente para el contrato de Banca en línea, es por ello que se debe determinar ¿Cuál es la situación de la normativa jurídica para el contrato de Banca Electrónica en Guatemala?

CAPITULO VI

PRESENTACION ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La presente investigación que giró en torno a un tema de actualidad, de realidad nacional y de reiterado uso a saber, la banca electrónica, entendida como aquella que engloba todas las operaciones bancarias que se utilizan a través de medios electrónicos, mediante dispositivos especiales accedidos por los usuarios, tales como tablets, teléfonos móviles inteligentes y por supuesto las computadoras, estudiada específicamente desde el punto de vista de la necesidad que existe de la aprobación por la Junta Monetaria de este contrato de tipo mercantil.

Como se indicó la banca electrónica surge ante la inminente necesidad del hombre por agilizar trámites, depósitos, consultas, retiros monetarios, entre otros, sin que tenga que presentarse físicamente a las agencias bancarias realizando por medio de la tecnología, todo tipo de transacción económica, sin embargo, al realizarse este contrato por adhesión del usuario a las estipulaciones que los bancos han previsto, suele suceder que dichas cláusulas tienden a proteger principalmente los intereses del banco y de cierta manera desproteger al usuario que en esta relación es el sujeto más débil, además de existir muchas ambigüedades, y falta de certeza jurídica en temas específicos que se derivan de este contrato.

En virtud de ello al inicio de la investigación se trazó como objetivo general determinar la situación de normas jurídicas que regulen el contrato de Banca Electrónica en Guatemala por medio de la Junta Monetaria, esto debido a que esta institución es el ente con mayor jerarquía dentro del sistema bancario guatemalteco y dentro de sus facultades está la de emitir reglamentos que regulen aspectos de relevancia para el sistema bancario nacional; y como objetivos específicos analizar la certeza jurídica al contrato de Banca Electrónica en Guatemala; precisar procedimientos para la resolución de conflictos dentro del contrato de Banca Electrónica; proponer que se garantice al usuario seguridad al momento de utilizar el

servicio de banca electrónica y; ubicar en la legislación actual, si existe y qué norma se adecúa para regular el contrato de banca electrónica aunque fuese de forma supletoria.

Para lograr alcanzar los objetivos planteados se realizó la investigación doctrinaria y legislativa pertinente, estableciendo las líneas directrices del contrato objeto de estudio, el campo en el que se desarrolla, y lo que connotados estudiosos del derecho opinan al respecto, esto a través de los diferentes medios de referencia consultados.

No obstante lo anterior, también se realizaron encuestas y entrevistas dirigidas a usuarios del sistema bancario nacional, ejecutivos de agencias bancarias del país, y representantes de la Junta Monetaria por ser el medio más idóneo para obtener información de las fuentes principales involucradas dentro de la presente investigación.

Los resultados obtenidos del trabajo de campo mencionado son los que a continuación se presentan, analizan y discuten.

Las interrogantes realizadas a usuarios del sistema bancario, fueron las siguientes:

La pregunta número uno enuncia: **¿Sabe usted, qué es el contrato de banca electrónica y que concepto tiene de este término?**

A lo que el cien por ciento de las personas entrevistadas contestó que como usuarios de este servicio prestado por los bancos del sistema sí, tienen una noción de lo que es el referido contrato definiéndolo como el contrato por el cual se puede acceder a cuentas bancarias por medio de internet, previamente haber aceptado las condiciones en que se brinda este servicio.

De la respuesta dada por los usuarios se puede determinar que el concepto que los usuarios tienen del contrato de banca electrónica es escueto y se abarca únicamente

a aspectos netamente esenciales de lo que en realidad es el contrato de acuerdo a las definiciones y conceptos aportados dentro del marco teórico de la presente investigación lo que denota que los usuarios se encuentran desinformados de lo que es y representa este tipo de contratos.

La interrogante número dos enuncia: **¿En qué actividades o servicios ha utilizado la banca electrónica?**

Al igual que la respuesta anterior el cien por ciento de los entrevistados contestaron, que accesan o hacen uso del servicio de Banca Electrónica para consultas de saldos; transferencias monetarias; pago de proveedores, servicios, créditos; consulta de estados de cuentas y últimos movimientos bancarios.

De lo anterior se infiere entonces que el uso de este tipo de servicios es continuado y constante por parte de los usuarios y por ende los inconvenientes pueden surgir en cualquier momento.

La interrogante número tres: **¿Conoce usted quien autoriza los contratos de banca electrónica, en los bancos del sistema?**

El cincuenta por ciento contesto que considera, estos son aprobados por la Superintendencia de Bancos; un veinticinco por ciento considera que es la Junta Monetaria la que los autoriza, y el veinticinco por ciento restante dijo ignorar quien es el ente que autoriza estos contratos.

Se evidencia pues que al no existir una normativa que señale cual es la institución o entidad encargada de regular y autorizar este tipo de contratos los usuarios tienen diversas opiniones con relación a este tópico evidenciando pues el poco o nulo control que la Junta Monetaria o la Superintendencia de Bancos tiene en cuanto a este tipo de contratación que como se refleja en las respuestas de los entrevistados a la presente encuesta son de uso frecuente.

La pregunta número cuatro de la entrevista dirigida a usuarios de banca electrónica enuncia: **¿Ha tenido a la vista el contrato de banca electrónica?**

El setenta y cinco por ciento respondió que no lo ha tenido a la vista, mientras que el veinticinco por ciento manifestó que si lo ha tenido a la vista.

Situación que de alguna manera beneficia a las instituciones bancarias puesto que siendo por lo general un contrato de adhesión que en primera instancia no se encuentra impreso sino contenido en un medio digital lo que dificulta el acceso y la lectura por el usuario y debido a la premura o poco interés que existe por parte del usuario se limita a la aceptación de las cláusulas del mismo sin percatarse de las consecuencias jurídicas y la totalidad de obligaciones que por medio del mismo esta adquiriendo.

La interrogante número cinco enuncia: **¿Qué explicación ha recibido al solicitar una copia del contrato del servicio adquirido de banca electrónica, en un banco del sistema?**

Respecto a esta interrogante el ochenta por ciento manifiesta que nunca ha solicitado una copia del contrato, mientras que el veinte por ciento de la población entrevistada manifiesta que les indicaron que sí era posible obtener una copia del mismo.

La interrogante número seis enuncia: **¿Conoce los derechos y obligaciones que surgen al realizar una transacción mediante la banca electrónica?**

El noventa por ciento manifestó que si sabe que de este tipo de contratos se derivan derechos y obligaciones sin embargo no los conoce con certeza, en tanto el diez por ciento restantes dijo si conocerlos.

Resulta pues que la mayoría de usuarios sí esta consiente que al momento de aceptar el servicio de Banca Electrónica está sujeto a una serie de derechos y

obligaciones con respecto al Banco del sistema con el que está llevando a cabo este tipo de contratación electrónica sin embargo, y relacionado con lo analizado en la respuesta a la pregunta número cuatro de la presente encuesta dada por los usuarios, los mismos no están enterados de cuales, cuantos y en qué circunstancias se están obligando ante el Banco.

Por lo que están propensos a que en cualquier momento se vean afectados o que alguna disposición del contrato vaya en su detrimento.

La interrogante número siete enuncia: **¿conoce usted si existe legislación alguna que regule el contrato de banca electrónica?**

Ante esta pregunta el setenta y cinco por ciento respondió que sí existe legislación que norme el mencionado contrato, que considera es la ley de bancos y grupos financieros, mientras que el veinticinco por ciento restante manifestó no tener conocimiento al respecto.

Esta respuesta contrasta con lo investigado dentro del presente trabajo puesto que se llegó a establecer que no existe por parte de las instituciones encargadas, entiéndase la Junta Monetaria o el Banco de Guatemala ninguna disposición legal que aborde en concreto el tema del contrato de Banca Electrónica.

La interrogante número ocho enuncia: **¿sabe usted, qué papel juega la junta monetaria en la autorización de contratos de banca electrónica?**

El ochenta por ciento manifestó que no conoce con claridad específicamente en este tema cual es el papel que este ente desempeña, pero que definitivamente ha de desempeñar una injerencia importante en el tema. En tanto el veinte por ciento restante manifestó desconocer si la junta monetaria tiene algo que ver respecto a la autorización de contratos de banca electrónica.

En conclusión, de los resultados anteriores recabados durante la realización del trabajo de campo de la presente investigación se puede establecer que los usuarios del servicio de banca electrónica por diversas razones no conocen con certeza los derechos y obligaciones que surgen de este contrato, tampoco tienen conocimiento de cuál es el ente encargado de autorizar los contratos de banca electrónica, se logró establecer además que un gran porcentaje nunca ha tenido a la vista el contrato que ha suscrito y desconoce la situación normativa que regula el contrato de banca electrónica, todas estas cuestiones los colocan en una situación de desventaja y vulnerabilidad frente a los bancos del sistema nacional al momento de surgir alguna controversia derivada de este servicio bancario.

Como parte del trabajo de campo realizado se entrevistó también a ejecutivos bancarios, de algunos de los principales y más grandes bancos que integran el sistema nacional y que tienen sedes en la ciudad de Quetzaltenango, con el objetivo de conocer cuál es el grado de preparación y conocimiento que los mismos poseen respecto al tema objeto de estudio y cuál es la posición y políticas institucionales que los establecimientos bancarios que representan tienen ante este tipo de contratación, las preguntas que se les formularon fueron las que a continuación se enuncian, contestando los entrevistados de la siguiente manera:

La pregunta número uno enuncia: **¿Sabe usted, qué es el contrato de banca electrónica y que concepto tiene de este término?**

A lo que el cien por ciento de los ejecutivos bancarios entrevistados contestó que sí, definiéndolo como el contrato por el cual se puede acceder a cuentas bancarias de forma electrónica, siendo un servicio que prestan las instituciones bancarias a los usuarios para realizar transferencias, consultas y otros servicios de forma electrónica, facilitando de esta manera el acceso a los diferentes servicios que el banco ofrece.

La interrogante número dos enuncia: **¿En qué actividades o servicios ha utilizado la banca electrónica?**

A lo que contestaron en todo tipo de cuentas, pagos, consultas, transferencias, solicitudes e impresión de documentos.

La interrogante número tres **¿Conoce usted quien autoriza los contratos de banca electrónica, en los bancos del sistema?**

A lo que el cien por ciento de los ejecutivos bancarios entrevistados contesto que desconoce con exactitud quien es el ente encargado de autorizar este tipo de contratos.

La pregunta número cuatro de la entrevista dirigida a ejecutivos bancarios enuncia: **¿Se pone a la vista el contrato de banca electrónica, cuando se solicita el servicio dentro del banco del sistema?**

A lo que el cien por ciento los ejecutivos bancarios entrevistados respondió que sí, ya que el cliente debe leerlo previo a manifestar su aceptación.

De esta respuesta se puede establecer entonces que la institución bancaria cumple con poner a la vista del cliente el contrato y que es responsabilidad del usuario el no darle lectura a la totalidad del mismo o en algunos casos no darle lectura.

La interrogante número cinco enuncia: **¿Qué explicación se da al usuario, al solicitar una copia del contrato del servicio adquirido de banca electrónica, en un banco del sistema?**

Respecto a esta interrogante el setenta y cinco por ciento de los ejecutivos bancarios entrevistados respondieron que se les explica que es para uso interno del banco, pero se les puede dar acceso al mismo; mientras que el veinticinco por ciento

restante manifestó que indican los términos del contrato, en cuanto a la privacidad del mismo que no se extiende copia de él.

La interrogante número seis enuncia: **¿Conoce los derechos y obligaciones que surgen al realizar una transacción mediante la banca electrónica?**

El cien por ciento de los ejecutivos bancarios entrevistados dijo si conocerlos, sin hacer enumeración de los mismos.

La interrogante número siete enuncia: **¿conoce usted si existe legislación alguna que regule el contrato de banca electrónica?**

Ante esta pregunta el cien por ciento de los ejecutivos bancarios entrevistados manifestó no tener conocimiento al respecto.

La interrogante número ocho enuncia: **¿sabe usted, qué papel juega la junta monetaria en la autorización de contratos de banca electrónica?**

El cien por ciento los ejecutivos bancarios entrevistados, manifestó que desconoce por completo la injerencia que la Junta Monetaria tiene en la autorización de estos contratos.

Al conocer las respuestas de los ejecutivos bancarios, resulta evidente la falta de conocimiento de aspectos de suma importancia, relativos a la banca electrónica, no obstante tener un contacto directo con el tema objeto de estudio, sin embargo lo que se pretendía con la realización de las anteriores entrevistas, era crear un panorama general de lo que la sociedad percibe respecto a las directrices del contrato de banca electrónica.

Como se mencionó con anterioridad la Junta Monetaria, por designación expresa Constitucional, es el ente que se encuentra en la cúspide del sistema financiero

guatemalteco, teniendo también un amplio marco de atribuciones y facultades que la propia Constitución Política de la República le asigna, además de otorgarle la función privilegiada de guiar las políticas financieras del país, siendo responsable del desarrollo económico de Guatemala.

Dentro de las atribuciones más importantes que le corresponden a la Junta Monetaria está la de emitir reglamentos que regulen áreas dentro de la economía nacional que no poseen una ley específica o no se encuentran reguladas dentro de la legislación nacional.

Cuando un caso específico no se encuentra regulado dentro de la legislación nacional, ya sea porque el trámite para que sea promulgada como ley resulte muy largo, o porque la cuestión a tratar sea financiera que solo la Junta Monetaria sea la encargada de supervisar y controlar, se trabaja en forma de proyecto de reglamento, para lo cual la Junta Monetaria debe analizar y emitir en forma de reglamento, las normas pertinentes.

Es el caso entonces, que para el contrato de banca electrónica, de conformidad a la investigación realizada, no existe un reglamento específico que norme los extremos relevantes al mismo, es por ello que se constituye una laguna legal al momento de surgir alguna controversia, discrepancia o inconveniente en el uso de este servicio.

En el año dos mil once la Junta Monetaria mediante la resolución JM-120-2011; Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles, crea una norma que en determinado momento podría servir como referencia para el modus operandi de la banca electrónica, sin embargo es de alcances más limitados, toda vez que específicamente se norma la realización de operaciones y transacciones de una cuenta de depósitos o de una línea de crédito que estén facultadas para realizar las instituciones, por medio de un dispositivo móvil que utilice servicios de telefonía. Mientras que el contrato de banca electrónica, incluye las transacciones que se operen desde internet, cajeros automáticos, teléfonos y otras redes de comunicación.

Entrevista a representantes de la Junta Monetaria respecto al tema.

Se presentó ante la Unidad de Información Pública de la Junta Monetaria la solicitud de información pública número 001-2014-JM en la que por medio de la resolución número SIP-001-2014-JM se indicó por parte de esta institución los aspectos siguientes a saber:

1. Dentro de los archivos de la Secretaría de la Junta Monetaria no existe procedimiento para la autorización de reglamentos por parte de la Junta Monetaria por lo que la información deviene inexistente.
2. Existe una resolución identificada como JM-120-2011 en la que se emite el reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles. (Misma que fue adjuntada a la resolución mencionada)

Sin embargo el Reglamento mencionado, si bien es cierto se denomina “Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles” está orientado establecer y regular los aspectos y condiciones mínimas que deben observar los bancos, así como las empresas especializadas en emisión de y/o administración de tarjetas de crédito que formen parte de un grupo financiero, en la prestación de servicios financieros móviles y que deben ser tomadas en cuenta para establecer el modelo de negocio a prestar y no así al tema objeto de la presente investigación como lo son los contratos de banca electrónica.

En virtud todo lo anterior, al determinar la situación de normas jurídicas que regulen el contrato de Banca Electrónica en Guatemala por medio de la Junta Monetaria, se determinó que no existe normativa específica en esta materia, siendo de suma importancia su creación y aplicación toda vez que se hace necesario emitir normativa que haga viable el desarrollo de nuevos vehículos, prácticas, modelos y estrategias que faciliten la inclusión financiera de la población guatemalteca;

Al analizar la certeza jurídica que posee el contrato de Banca Electrónica en Guatemala, se determinó que para el usuario esta es casi nula en virtud de que, el contrato al ser firmado únicamente se le pone a la vista sin extenderle copia alguna

en la mayoría de casos de acuerdo al trabajo de campo realizado, y cuando se ha extendido ha sido a petición de parte, cuando la misma debería extenderse de oficio, además de que al no existir normativa específica para este contrato, existen ambigüedades, sustantivas y procedimentales;

Al precisar los procedimientos para la resolución de conflictos dentro del contrato de Banca Electrónica, se determinó que en materia adjetiva en caso de controversia o discrepancia surgida de este contrato, se aplican análogamente procedimientos que los bancos del sistema han establecido y que muchas veces son largos y tediosos para los clientes, siendo lo ideal que existieran procedimientos establecidos en un reglamento específico; por lo que se propone que se garantice al usuario seguridad al momento de utilizar el servicio de banca electrónica, creando mecanismos específicos emanados de la Junta Monetaria, como ente facultado para ello, uniformes para todos los bancos del sistema nacional;

Al ubicar en la legislación actual, que norma se adecúa para regular el contrato de banca electrónica, se logró establecer que haciendo uso de la integración de la ley las normas que tienen injerencia en este contrato son, la Ley de Bancos Y Grupos Financieros,

CONCLUSIONES.

1. Los usuarios del servicio de banca en Guatemala, tienen una noción general de lo que se refiere la banca electrónica, por medio del cual se puede acceder a cuentas bancarias por medio de internet, así como realizar operaciones bancarias por este medio, al igual que las personas que trabajan dentro del sistema bancario, poseen un conocimiento técnico con relación al tema, ya que son los encargados de orientar a los usuarios para el uso correcto de esta herramienta bancaria.
2. Los usuarios utilizan la banca electrónica, principalmente para consulta de saldos, tanto de cuentas monetarias, así como de tarjetas de crédito y pago de servicios, transferencias monetarias y estados de cuentas.
3. Con respecto a la autoridad que regula y autoriza los contratos de banca electrónica, tanto usuarios como ejecutivos bancarios no conocen con exactitud quien es el ente que autoriza los contratos de banca electrónica, teniendo una noción que es el mismo banco, la Superintendencia de Bancos, o la Junta Monetaria, pero no conoce con exactitud.
4. Cuando se realiza un contrato de banca electrónica, la mayoría de usuarios tiene a la vista el contrato de banca electrónica, pero únicamente lo firma y no se le entrega copia alguna, lo que en cierta forma beneficia a las instituciones bancarias, al ser un contrato de adhesión, se deben de aceptar todas las disposiciones del banco.
5. Cuando se solicita una copia del contrato de banca electrónica, la mayoría de instituciones bancarias no brinda la copia solicitada por motivos de seguridad o privacidad, o argumentando que se brindara en un futuro, pero es muy difícil conseguir una copia del contrato que se suscribe, ya que el uso del contrato es de uso interno del banco.

6. La mayoría de usuarios sabe que de un contrato, se derivan derechos y obligaciones, pero en este caso, el del contrato de banca electrónica, desconoce de los mismos, ya que por diversos motivos muchas veces no se entera o informa correctamente en qué circunstancias se obliga ante el banco.
7. En la legislación guatemalteca, no está regulado de manera expresa, el contrato de banca electrónica y además la Junta Monetaria no ha emitido reglamento alguno respecto a este tema.
8. Existe una laguna legal respecto al contrato de banca electrónica, esto con relación a aspectos sustantivos y procedimentales con lo que se establece que no existe certeza jurídica para dicho contrato.
9. Una vez concluido el análisis doctrinario y el trabajo de campo respectivo se determinó que dentro de la legislación guatemalteca no existen normas que se adecuen para regular el contrato de banca electrónica toda vez que la única normativa que tiene algún tipo de relación con el tema investigado es el anexo a la resolución JM-120-2011 Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles emitido por la Junta Monetaria, en el que se establecen los aspectos mínimos que deben observar los bancos, así como las empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito que formen parte de un grupo financiero, en la prestación de servicios financieros móviles, sin embargo esta regulación está orientada al servicio de banca remota, es decir a los servicios que ofrecen las instituciones bancarias por medio de agentes para hacerlos accesibles al público y no a la banca electrónica propiamente dicha.

RECOMENDACIONES

- a) Que la Junta Monetaria, como órgano constitucionalmente facultado, emita un reglamento que norme el Contrato de banca electrónica estableciendo parámetros mínimos para su validez ello sin atentar contra la naturaleza jurídica del mismo evitando imponer excesivas formalidades pero garantizando la igualdad de las partes.

- b) Que a través de la legislación adecuada se pueda otorgar al contrato de banca electrónica certeza jurídica y garantizar al usuario la confiabilidad del mismo al establecer procedimientos ecuanímenes de resolución de conflictos que nazcan de esta relación jurídica tan importante actualmente.

- c) Que se informe a los usuarios a cerca de las obligaciones y derechos que tendría en caso de aceptar un contrato de banca electrónica.

REFERENCIAS.

Referencias bibliográficas:

Arias Pou, Maria. Manual Práctico del Comercio Electrónico. España. Editorial la Ley S.A. 2006.

Barrios Osorio, Omar Ricardo. Derecho e Informática. Guatemala. Ediciones Mayte. 2° edición. 2006.

Barriouso Ruiz, Carlos. Interacción del derecho y la Informática. España, Editorial DYKINSON. 1996.

De Buen Lozano, Néstor. La decadencia del contrato. México. Editorial Porrúa S.A. 2° edición. 1986.

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina. Editorial Heliasta, 1974.

Escoto Leiva, Roxana. Banca Comercial. Costa Rica. EUNED. 2007

Muñoz, Nery Roberto. La forma Notarial en el Negocio Jurídico. Guatemala, Infoconsult Editores. 7° edición. 2012.

Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español Tomo II. España. Editorial Aranzadi. 2° edición. 1979.

Pacheco Gómez, Máximo. Introducción al Derecho. Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1976

Ramírez Gaitán, Daniel Ubaldo. Derecho Bancario y Bursátil. Guatemala, Zona Grafica. 2010

Rico Carrillo, Mariliana. Derecho de las Nuevas Tecnologías. Argentina, Ediciones La Rocca. 2007

Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios, Su significación en América Latina. Colombia. Legis Editores S.A. 2002

Ruiz Torres, Humberto Enrique. Elementos del derecho Bancario. México. Editorial McGraw-Hill. 1998

Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Argentina, Editorial Porrúa S.A. 1986.

Sarra, Andrea Viviana. Comercio Electrónico y Derecho. Argentina, Editorial Astrea, 2001.

Téllez, Julio. Derecho Informático. México. Editorial McGraw-Hill. 2004

Referencias normativas:

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, Código Civil.

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

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

Referencias electrónicas:

Banco de Guatemala, Disponible en:

<http://banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica>. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2013

Superintendencia de Bancos, disponible en:

http://www.sib.gob.gt/web/sib/leyesyreglamentos/reglamentos?p_p_id=86&p_p_accion=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=5&. Fecha de consulta: 27 de enero de 2014

Banca Virtual, Finances, disponible en <http://www.banca-virtual.com.ar/index.php>
fecha de consulta: 28 de enero de 2014

Otras referencias:

Velásquez Estrada, Juan Manuel. Estudio Tecnológico y de Mercado Acerca de los Sistemas de Banca Electrónica en Guatemala. Guatemala. 2010. tesis de Ingeniería en Ciencias y Sistemas. Universidad San Carlos de Guatemala.

ANEXOS.

Anexo 1.

Modelo de entrevistas realizadas.

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESTUDIANTE: GUILLERMO ANTONIO XICARÁ



Título de la tesis: “LA APROBACIÓN POR LA JUNTA MONETARIA DEL CONTRATO DE BANCA ELECTRÓNICA”

Objetivo de estudio: establecer la forma en que los usuarios perciben la información sobre los contratos de Banca Electrónica.

Encuesta para usuarios del contrato de Banca Electrónica.

1. ¿Sabe usted, qué es el contrato de Banca Electrónica y que concepto tiene de este término?
2. ¿En qué actividades o servicios ha utilizado la Banca Electrónica?
3. ¿Conoce usted, quien autoriza los contratos de Banca Electrónica en los bancos del sistema?

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESTUDIANTE: GUILLERMO ANTONIO XICARÁ



Título de la tesis: “LA APROBACIÓN POR LA JUNTA MONETARIA DEL CONTRATO DE BANCA ELECTRÓNICA”

Objetivo de estudio: Establecer la forma en que los ejecutivos de entidades Bancarias y Monetarias manejan información sobre los contratos de Banca Electrónica.

Encuesta para ejecutivos Bancarios.

1. ¿Sabe usted, que es el contrato de Banca Electrónica y que concepto tiene de este término?
2. ¿En qué actividades o servicios se utiliza la Banca Electrónica?
3. ¿Conoce usted, quien autoriza los contratos de Banca Electrónica en los bancos del sistema?

4. ¿Se pone a la vista el contrato de Banca Electrónica cuando se solicita el servicio dentro del banco del sistema?

5. ¿Qué explicación se da al usuario, al solicitar una copia del contrato del servicio adquirido de Banca Electrónica en un banco del sistema?

6. ¿Conoce los derechos y obligaciones que surgen al realizar un negocio o transacción mediante el contrato de Banca Electrónica?

7. ¿Conoce usted, si existe legislación alguna que regule el contrato de Banca Electrónica en Guatemala?

8. ¿Sabe usted, qué papel juega la Junta Monetaria en la autorización de los contratos de Banca Electrónica?

Anexo. 2
Entrevista Junta Monetaria

BANCO DE GUATEMALA
7ª. Avenida 22-01, zona 1 Guatemala,
Guatemala, C.A.

RESOLUCIÓN NÚMERO SIP-001-2014-JM

La UNIDAD DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA MONETARIA tiene a la vista para resolver la solicitud de información pública número 001-2014-JM, presentada el siete (7) de marzo del presente año por Guillermo Antonio Xicaré Pisquiy, relativa a que se le indique si ¿existe algún procedimiento para la autorización de reglamentos por parte de la Junta Monetaria? ¿Alguna disposición legal o reglamento, regula la actividad de banca electrónica en Guatemala? ¿Cuál es?, si existe, se proporcione una copia; y, **CONSIDERANDO:** Que de conformidad con el numeral 6 del artículo 9 de la Ley de Acceso a la Información Pública, se entiende por información pública, la información en poder de los sujetos obligados, dentro de los que se incluye a la Junta Monetaria, contenida, entre otros, en registros, sin importar su fuente o fecha de elaboración, que no sea confidencial, ni esté clasificada como temporalmente reservada; **CONSIDERANDO:** Que de conformidad con el artículo 45 de la referida Ley, dispone que la información se proporcionará en el estado en que se encuentre en posesión de los sujetos obligados y que la obligación no comprenderá el procesamiento de la misma, ni el presentarla conforme al interés del solicitante; **CONSIDERANDO:** Que de acuerdo con los numerales 1 y 4 del artículo 20 de la referida Ley, es obligación de la Junta Monetaria recibir y tramitar las solicitudes de información pública, así como expedir copia simple o certificada de la información pública solicitada, siempre que se encuentre en los archivos del sujeto obligado,

POR TANTO:

Con base en lo considerado, ley citada y lo dispuesto para el efecto en los artículos 16, 18, 20, 42 y 45 de la Ley de Acceso a la Información Pública,

RESUELVE:

1. Indicar al señor Guillermo Antonio Xicaré Pisquiy que dentro de los archivos de la Secretaría de la Junta Monetaria no existe procedimiento para la autorización de reglamentos por parte de la Junta Monetaria, por lo que la información deviene inexistente.
2. Proporcionar al señor Xicaré Pisquiy copia de la Resolución JM-120-2011, en la que se emite el Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles, contenido en seis folios numerados del 1 al 6.
3. Notificar la presente resolución al interesado.

Ciudad de Guatemala, dieciocho de marzo de dos mil catorce.



IVAR ERNESTO ROMERO CHINCHILLA
Director del Departamento de Comunicación
y Relaciones Institucionales
del Banco de Guatemala

00000001

ef

SECRETARÍA DE LA JUNTA MONETARIA

RESOLUCIÓN JM-120-2011

Inserta en el Punto Cuarto del Acta 39-2011, correspondiente a la sesión celebrada por la Junta Monetaria el 5 de octubre de 2011.

PUNTO CUARTO: Superintendencia de Bancos eleva a consideración de la Junta Monetaria el proyecto de Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles.

RESOLUCIÓN JM-120-2011. Conocido el Oficio No. 4723-2011 del Superintendente de Bancos en funciones, del 29 de septiembre de 2011, mediante el cual eleva a consideración de esta Junta el proyecto de Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles.

LA JUNTA MONETARIA:

CONSIDERANDO: Que el artículo 3 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que los bancos autorizados conforme a dicha ley o leyes específicas pueden realizar intermediación financiera bancaria, consistente, entre otras operaciones, en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades relacionadas con la captación de dinero o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, incluyendo la recepción de depósitos para canalizarlos al financiamiento de cualquier naturaleza; **CONSIDERANDO:** Que los bancos autorizados conforme la Ley de Bancos y Grupos Financieros pueden efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios que establece el artículo 41 de la referida ley; entre las operaciones se incluye la recepción de depósitos y la emisión y operación de tarjetas de crédito; **CONSIDERANDO:** Que la citada ley, en su artículo 36, señala que las empresas especializadas en servicios financieros, que sean parte de grupos financieros, estarán sometidas a supervisión consolidada por parte de la Superintendencia de Bancos y que uno de los objetos sociales exclusivo que deberán tener, entre otros, es emitir y administrar tarjetas de crédito; **CONSIDERANDO:** Que en Guatemala gran parte de la población tiene acceso limitado a los servicios financieros por lo que, con el objeto de coadyuvar a una mayor expansión de dichos servicios, se hace necesario emitir normativa que haga viable el desarrollo de nuevos vehículos, prácticas, modelos y estrategias que faciliten la inclusión financiera de la población; **CONSIDERANDO:** Que experiencias internacionales marcan una tendencia significativa hacia impulsar el uso de canales que coadyuven a incrementar la bancarización aprovechando los avances tecnológicos, destacando entre ellos los servicios de telefonía móvil; **CONSIDERANDO:** Que el artículo 56 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros



establece que los bancos y las empresas que integran grupos financieros deben contar con políticas y procedimientos para una adecuada administración de los diversos riesgos a que están expuestos, así como tener un conocimiento adecuado de sus clientes, con el fin de que los bancos no sean utilizados para efectuar operaciones ilícitas; **CONSIDERANDO:** Que es necesario que los bancos y las empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito que formen parte de un grupo financiero observen aspectos mínimos para la realización de operaciones y prestación de servicios financieros móviles con el objeto de que los mismos sean prestados de manera adecuada y con base en normas prudenciales,

POR TANTO:

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 132 y 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 26, inciso I), de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, 5 y 129 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, así como tomando en cuenta el Oficio No. 4723-2011 del Superintendente de Bancos en funciones, del 29 de septiembre de 2011,

RESUELVE:

1. Emitir, conforme anexo a la presente resolución, el **Reglamento para la Prestación de Servicios Financieros Móviles**.
2. Autorizar a la Secretaría de esta Junta para que publique la presente resolución en el diario oficial y en otro periódico, la cual entrará en vigencia el 1 de noviembre de 2011.


Armando Felipe García Salas Alvarado
Secretario
Junta Monetaria



00000003

ef

ANEXO A LA RESOLUCIÓN JM-120-2011

REGLAMENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS MÓVILES

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto. Este reglamento tiene por objeto regular los aspectos mínimos que deben observar los bancos, así como las empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito que formen parte de un grupo financiero, en la prestación de servicios financieros móviles.

Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente reglamento se establecen las definiciones siguientes:

Institución o instituciones: se refiere a los bancos, así como a las empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito que formen parte de un grupo financiero.

Servicios financieros móviles: es la realización de operaciones y transacciones de una cuenta de depósitos o de una línea de crédito que, de conformidad con la ley, están facultadas para realizar las instituciones, por medio de un dispositivo móvil que utilice servicios de telefonía.

CAPÍTULO II SERVICIOS FINANCIEROS MÓVILES

Artículo 3. Modelo de negocio. El Consejo de Administración de la institución, o quien haga sus veces, en lo sucesivo el Consejo, deberá aprobar el modelo de negocio para los servicios financieros móviles, incluyendo las políticas, procedimientos y sistemas necesarios para garantizar la adecuada prestación de servicios al público. El Consejo también deberá conocer y resolver sobre las propuestas de actualización de dicho modelo y autorizar las modificaciones respectivas, cuando correspondan.

El modelo de negocio deberá estar alineado con la estrategia de negocios de la institución y su aprobación deberá basarse en un estudio de viabilidad operativa y tecnológica que incluya la ejecución de pruebas previas con resultados satisfactorios. El modelo, así como sus modificaciones, deberán ser enviados a la Superintendencia de Bancos dentro de los diez (10) días después de su aprobación.



Handwritten signature

Artículo 4. Contenido del modelo de negocio. El modelo de negocio deberá comprender, como mínimo, los aspectos siguientes:

- a) Estrategia de la institución a la que obedece la utilización del modelo de negocio de servicios financieros móviles;
- b) Esquema operativo de los servicios financieros móviles que contemple, según corresponda, el rol de la institución, incluyendo a los agentes bancarios, los terceros que apoyen el modelo de negocio adoptado y otros participantes, y las fases de las operaciones de los servicios financieros móviles;
- c) Procedimiento de afiliación a los servicios financieros móviles;
- d) Procedimientos a seguir para que los usuarios de los servicios financieros móviles puedan realizar las distintas operaciones contempladas en el modelo, tales como ingreso y salida de efectivo, transferencias y pagos de bienes y servicios;
- e) Límites máximos mensuales de monto por operación, de monto acumulado y cantidad de operaciones; y,
- f) Descripción de la plataforma tecnológica, hardware y software a utilizar, los controles informáticos que se implementarán para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información, la seguridad informática que se implementará y cualesquiera otros aspectos necesarios para la comprensión del funcionamiento informático y de seguridad de los servicios financieros móviles..

Artículo 5. Vinculación con cuentas de depósitos y/o líneas de crédito. Los servicios financieros móviles deberán estar vinculados a cuentas bancarias individuales de depósitos monetarios, depósitos de ahorro y/o líneas de crédito que correspondan al cliente que se encuentre afiliado.

Artículo 6. Registro de las operaciones. Las operaciones que sean realizadas por medio de los servicios financieros móviles deberán quedar registradas en tiempo real, es decir, operación por operación en el momento que se realizan, de manera que se mantenga actualizado el saldo disponible de la cuenta de depósitos y/o línea de crédito.

Artículo 7. Asistencia al usuario. Las instituciones deberán contar con infraestructura y sistemas de atención, que incluyan la habilitación de medios de comunicación, para que los usuarios de los servicios financieros móviles puedan recibir adecuada asistencia.



el

Artículo 8. Información al público. Las instituciones que ofrezcan servicios financieros móviles deberán divulgar al público permanentemente, en sus agencias y, en su caso, en instalaciones de los agentes bancarios participantes, los procedimientos de uso, las comisiones y otros cargos relacionados con los servicios financieros móviles.

Artículo 9. Información relacionada con servicios financieros móviles. Las instituciones deberán enviar a la Superintendencia de Bancos información relacionada con los servicios financieros móviles conforme a las instrucciones generales que dicho órgano supervisor les indique.

Artículo 10. Obligaciones en materia de prevención de lavado de dinero u otros activos y para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo. Las instituciones serán las directamente responsables del cumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa contra el lavado de dinero u otros activos y para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo u otras disposiciones dictadas en esas materias, sobre los servicios financieros móviles.

CAPÍTULO III PARTICIPACIÓN DE TERCEROS

Artículo 11. Agentes bancarios. Cuando el modelo de negocio adoptado para la prestación de servicios financieros móviles involucre la participación de agentes bancarios, los bancos deberán observar los aspectos normados en el Reglamento Bancarios en lo referente a lo que se regula en este capítulo y demás aspectos que se deriven de su participación en el modelo de negocio adoptado, incluyendo la actualización del modelo operativo.

Artículo 12. Acuerdos con terceros. Cuando el modelo de negocio adoptado para la prestación de servicios financieros móviles involucre la participación de terceros, la institución deberá celebrar un contrato con los mismos que incluya, como mínimo, las obligaciones siguientes:

- a) Que garantizarán a la institución disponer y tener acceso en cualquier momento a la información relacionada con las operaciones realizadas por medio de los servicios financieros móviles;
- b) Que guardarán la confidencialidad de las operaciones y servicios que presten y demás información a que tengan acceso con motivo de su relación con la institución;



- c) Que cumplirán las políticas, procedimientos y sistemas establecidos por la institución para la prestación de servicios financieros móviles al público, en lo aplicable, de manera que dichos servicios puedan prestarse adecuadamente;
- d) Que no realizarán ningún tipo de cobro que no haya sido autorizado por la institución, al usuario o cliente, por las operaciones o servicios que presten por cuenta de la institución; y,
- e) Que no cederán, en forma total o parcial, los derechos y obligaciones derivados del contrato pactado con la institución.

Asimismo, en el contrato, el tercero deberá declarar que no tiene los impedimentos a que se refiere el artículo 13 de este reglamento.

Artículo 13. Impedimentos para terceros. Tendrán impedimento para participar como terceros en el modelo de negocio de servicios financieros móviles de una institución los siguientes:

- a) Los que sean deudores reconocidamente morosos;
- b) Los que hubieren sido condenados por delitos que impliquen falta de probidad;
- c) Los que hubieren sido condenados por hechos ilícitos relacionados con lavado de dinero u otros activos, financiamiento del terrorismo o malversación de fondos;
- d) Los que por su actividad, condición u otros aspectos puedan afectar la solvencia de la institución o representarle riesgo reputacional; y,
- e) Los que por cualquier otra razón sean legalmente incapaces.

Artículo 14. Responsabilidad por los servicios financieros móviles. La institución será la responsable por las operaciones y transacciones que realice por medio de servicios financieros móviles.

En el o los contratos que se suscriban, deberá establecerse la responsabilidad que corresponda a los clientes afiliados y a los terceros, que utilicen o participen en los servicios financieros móviles.

CAPÍTULO IV DISPOSICIÓN FINAL

Artículo 15. Casos no previstos. Los casos no previstos en este reglamento serán resueltos por la Junta Monetaria, previo informe de la Superintendencia de Bancos.

