

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Responsabilidades contractuales en los contratos de
banca en línea**
-Tesis de licenciatura-

Luis Alberto Pérez Cantoral

Guatemala, mayo 2013

**Responsabilidades contractuales en los contratos de
banca en línea**
-Tesis de licenciatura-

Luis Alberto Pérez Cantoral

Guatemala, mayo 2013

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica y Secretaria General	M. Sc. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de exámenes privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del Programa de Tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	Lic. Mario Efraim López García
Revisor de Tesis	M. Sc. Mario Jo Chang

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase:

Lic. Álvaro de Jesús Reyes García

Licda. Sandra Lorena Morales Martínez

Licda. Carlos Guillermo Guerra Jordán

Lic. Manuel de los Reyes Guevara Amézquita

Segunda Fase:

Licda. Jacqueline Elizabeth Paz Vásquez

Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Lic. José Israel Jiatz Chalí

Dr. Fred Manuel Batlle Río

Tercera Fase:

Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro

Licda. Diana Noemí Castillo Alonzo

Licda. Cynthia Samayoa López

Dra. Vitalina Orellana y Orellana

Lic. Omar Rafael Ramírez Corzo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dos de agosto de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE BANCA EN LÍNEA**, presentado por **LUIS ALBERTO PERÉZ CANTORAL**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **MARIO EFRAIM LÓPEZ GARCÍA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **LUIS ALBERTO PERÉZ CANTORAL**

Título de la tesis: **RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE BANCA EN LÍNEA**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 10 de octubre de 2012

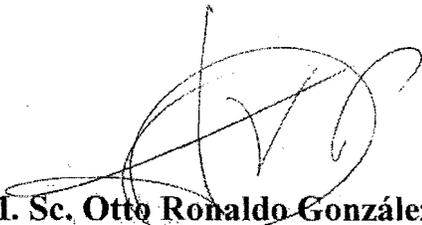
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Lic. Mario Efraim López García
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, once de octubre de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE BANCA EN LÍNEA**, presentado por **LUIS ALBERTO PERÉZ CANTORAL**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **MARIO JO CHANG**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **LUIS ALBERTO PERÉZ CANTORAL**

Título de la tesis: **RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE BANCA EN LÍNEA**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 29 de mayo de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Lic. Mario Jo Chang
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **LUIS ALBERTO PERÉZ CANTORAL**

Título de la tesis: **RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE BANCA EN LÍNEA**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 09 de abril de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **LUIS ALBERTO PERÉZ CANTORAL**

Título de la tesis: **RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE BANCA EN LÍNEA**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

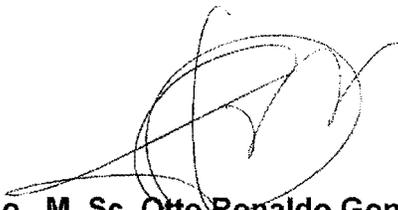
Guatemala, 11 de abril de 2013

"Sapientia ante todo, adquiere sapientia"


Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo


Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para los efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Dedicatoria

A Dios:

Creador del universo, por permitirme la vida y alcanzar esta meta.

A mis padres:

Guillermo René y Victoria Aracely, gracias por la vida, esfuerzo, dedicación y sacrificio; sé que desde el cielo están compartiendo esta alegría y dándome su bendición día con día.

A mis hermanos:

Jorge y Aracely, gracias infinitas.

A mi esposa:

Ana Mariela, por su amor, paciencia y apoyo incondicional.

A mis hijas:

Luisa María y María José, por ser mi motivación y la razón del esfuerzo diario, esperando ser un buen ejemplo para ustedes.

A mis compañeros:

Quienes son parte fundamental del éxito alcanzado, por su apoyo y amistad.

A mis amigos:

Por ser parte fundamental de mi vida.

A la Universidad Panamericana:

Por sembrar en mí conocimientos y sabiduría, y ser el camino para alcanzar las metas.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	iii
Introducción	iii
Generalidades de la contratación bancaria	1
Contrato de banca en línea	11
Responsabilidad y protección de los contratantes en el servicio de banca en línea	27
Posibles riesgos para los contratantes del servicio de banca en línea	38
Necesidad de incorporar medidas para garantizar la seguridad de los contratantes	46
Conclusiones	55
Referencias	58

Resumen

Los contratos bancarios en general han evolucionado en función a la demanda de los propios clientes. Por lo que las instituciones tuvieron que ir adecuándose a esta situación; bajo esta perspectiva se ha caído en un proceso de masificación de los productos y servicios, lo que generó una mayor cantidad de clientes; pero de igual manera una menor protección a los intereses de los mismos.

Dentro de la banca, uno de los formularios para la contratación que más se ha utilizado, es el contrato por adhesión, gracias a la facilidad en su creación e implementación, y porque ha representado una opción poco analizada por los clientes.

Las características de este tipo de contratos, lo convirtieron en el mayor representante de los instrumentos contractuales bancarios, que permitió el abuso hacia los clientes por parte de las instituciones; pues los instrumentos fueron creados bajo una estructura plagada de cláusulas irregulares, abusivas para los clientes y eximentes de responsabilidad para los creadores.

La utilización de los formularios para la prestación del servicio de banca en línea; ha sido visto como una solución inmediata a los problemas de las instituciones, porque les permitió que fluyeran de mejor manera las relaciones entre sus clientes y sus productos. Esto para las instituciones se tradujo en una mejora en la rapidez para el cliente, en la contratación

de los distintos productos, y en una mayor rentabilidad para la institución.

La banca en línea, ha sido el servicio que creció considerablemente en los últimos años, lo que conllevó que se masificaran los procesos de contratación por parte de las instituciones. Esto implicó la mejora en formatos y la incorporación de cláusulas protectoras que resguardaron los intereses de las empresas.

La revisión y análisis que se efectuó a los distintos formularios utilizados en el sistema bancario, permitió evidenciar la forma en que los contratos han sido elaborados, su estructura y la inclusión de cláusulas que eximen de toda responsabilidad a las instituciones y de apartados que fueron considerados como abusivos para el cliente.

Sin embargo, las revisiones efectuadas a las normas legales guatemaltecas, evidenció que no se previó de una eficiente protección a los usuarios de estos servicios, ya que en casos de errores, fallas o fraudes, la mayor parte de la responsabilidad ha sido asumida por el cliente, bajo el amparo de los contratos que firmó con antelación, expresaban la exoneración de responsabilidad hacia la institución.

Estos problemas, evidenciaron la necesidad de replantear mejoras en la estructura de los contratos, así como incorporar medidas adicionales que permitieran dar una mayor tranquilidad a los contratantes, para que de

manera equitativa, las responsabilidades de esta relación contractual recayera en ambos sujetos desde la suscripción del instrumento.

En el aspecto legal, se evidenció la necesidad de mejorar las normas que regulen este tipo de instrumentos, para que el estado cumpla con la obligación de velar por clientes y los usuarios.

Palabras Clave

Contrato bancario. Adhesión. Cláusulas abusivas. Exención de responsabilidad. Seguro informático.

Introducción

La gama de productos y servicios que las instituciones financieras ofrecen a sus clientes, poseen la característica de ser cambiantes. Uno de los servicios que tiene más auge hoy en día, es el relacionado con la tecnología, la cual ha sido puesta al alcance de la mano de los clientes.

El contrato utilizado en el servicio de banca en línea, en las instituciones posee grados de responsabilidades que deben acatar las partes, por ser un convenio previamente suscrito. Sin embargo, la carga de las responsabilidades antes descritas resulta desproporcionada para ambas partes, por lo que el presente trabajo busca establecer el alcance de

dichas responsabilidades, así como el abuso existente hacia una de las partes contratantes.

Por las características que revierten la elaboración del contrato objeto de investigación, es pertinente evidenciar el uso excesivo de cláusulas que exoneran de responsabilidad a la institución, por servicios prestados, así como la incorporación de cláusulas abusivas, que afectan directamente al cliente.

De igual forma, se busca evidencias si existe la necesidad de establecer medidas adicionales de seguridad para los clientes, derivado al manejo de información que las entidades hacen del cliente y sus datos sensibles. Así como identificar la necesidad de regulación que debe existir sobre este tipo de documentos, así como el contenido de los mismos.

Generalidades de la contratación bancaria

Para conocer las generalidades de la contratación bancaria, se debe primeramente definir que es una institución bancaria; en términos generales y según la resolución de la Junta Monetaria, número 182-2002, en su artículo 2 define a las instituciones bancarias de la manera siguiente: “Son las entidades constituidas de conformidad con la Ley de Bancos y Grupos Financieros, leyes específicas, Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar y la Ley de Sociedades Financieras Privadas”.

De igual manera, el Código de Comercio vigente en su artículo 2, establece que se consideran comerciantes a la banca, seguros y fianzas.

Para definir un contrato bancario, debe conocerse la definición que expone la legislación guatemalteca en lo relativo a un contrato. Según el artículo 1517 del Código Civil: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Esto evidencia que es parte fundamental el acuerdo de voluntades entre dos o más personas.

Adicionalmente si se toma en cuenta que la banca es considerada como un comerciante, según el Código de Comercio, se puede inferir que un contrato bancario, es el acuerdo que realizan dos o más personas con una

institución cuyo giro comercial sea bancario o financiero para crear, modificar o extinguir relaciones de tipo comercial.

La necesidad de cubrir cada vez la demanda de los clientes por la necesidad de servicios bancarios, ha generado una férrea competencia y desmedida aceleración por hacer más eficientes y ágiles los procesos de contratación y captación de clientes.

Cuando lo imperante ha sido la masificación de productos, se obvian aspectos fundamentales de la contratación, lo que ha provocado una desnaturalización de la relación contractual existente hoy en día.

Según Boneo:

Vivimos en un mundo en constante transformación, cuya característica esencial es la rapidez y aceleración que los cambios verifican. Esa aceleración que se produce fundamentalmente en los cambios tecnológicos. (1994:3)

Esta afirmación es aplicable al sistema bancario, por los constantes cambios que se dan en los productos y servicios que ofrecen. Este incremento en su portafolio de productos y servicios, ha provocado un auge en la utilización de instrumentos contractuales, se citan como ejemplo distintos tipos de contratos-formulario; en donde como característica imperante existe un alto porcentaje de cláusulas, donde se trata de proteger a la institución misma.

Según Villegas el contrato bancario posee las características siguientes:

- a. Son contratos por adhesión, porque es la institución quien determina los términos contractuales a los que debe sujetarse el negocio.
- b. Son contratos estandarizados: los bancos, como complemento de la adhesión, tienen uniformados mediante contratos-tipo, las fórmulas que usan para cada una de las especies de negocio que pueden efectuar.
- c. Especialidad de la prueba de los contratos. Para seguridad de las obligaciones mercantiles, salvo disposición expresa en la ley, la prueba de las mismas es amplia y variada. En el caso de las obligaciones ante un banco, los asientos de contabilidad son concluyentes para establecer el vínculo, sin que ello signifique que no se tenga derecho a discutir la veracidad de esos asientos. (2006:69)

Según la cita anterior, se pone de manifiesto que el negocio bancario, por la necesidad de masificarse, se ha desviado del concepto original de un contrato mercantil, y lo ha transformado más en un contrato de tipo unilateral.

La estandarización antes mencionada, es más que evidente en productos como tarjetas de débito y crédito, donde los formatos elaborados, parecieran provenir de un modelo estándar, aplicado en el sistema bancario, pues posee características que los hacen peculiares, tales como los tamaños minúsculos de letras, existencia de cláusulas de exoneración de responsabilidad, contenido de espacios que se deben dejar en blanco, para posterior asignación de tasas de interés, ambigüedad en determinados aspectos referidos al clientes y limitantes para el accionar de los usuarios finales.

Sin embargo, dentro de la ley, existen artículos que protegen de alguna manera la contratación bancaria, se cita como ejemplo lo indicado en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el artículo 327, donde establece que puede iniciarse un proceso judicial por la vía ejecutiva, si se promueve con uno de los títulos ejecutivos que se detallan en el inciso 5º), como lo son: un acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal. Es evidente que existe ventaja para la institución sobre el cliente o usuario final; quien con solo presentar como medio de prueba los registros contables que posea, ya puede proceder en contra de un deudor por la vía ejecutiva, sin embargo, no se toma en cuenta el instrumento que suscribieron las partes, pues este puede contener cláusulas que sean contrarias al derecho.

Tipos de contratos masivos utilizados en la banca para prestación de servicios

La banca ofrece una gama de servicios, según lo indicado en el artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, donde en su literal e) especifica los servicios que una institución bancaria puede brindar a sus clientes, entre los que se encuentran: “...poder actuar como fiduciario, comprar y vender monedas extranjeras y efectuar transferencias de fondos...”. Esto ha permitido que los bancos incrementen sus portafolios

de productos y servicios, bajo el amparo del último párrafo del artículo antes citado, el cual establece: “La Junta Monetaria podrá, previa opinión de la Superintendencia de Bancos, autorizar a los bancos a realizar otras operaciones y prestar otros servicios que no estén contemplados en esta ley...”. Esta viabilidad obtenida por las instituciones, para que busquen aquellas opciones que puedan masificar de una mejor sus productos y servicios, con la búsqueda, en primer lugar de mayores utilidades y en segundo lugar resguarden sus intereses sobre los de los usuarios finales. Dentro de los productos que representan mayores réditos para la institución, merece resaltarse a las tarjetas de débito, tarjetas de crédito, cobros por cuenta ajena, banca por internet, banca por teléfono, entre otros servicios; estos productos que representan un alto porcentaje de utilidades, son donde mejor encuadran los formularios pre impresos que utilizan actualmente.

Aguilar, define los contratos en dos tipos:

Contratos por negociación: Son aquellos en que las partes debaten o discuten, el contenido o por lo menos se encuentran en posición de debatir y discutir el contenido del que firmó el contrato ha de ser dotado y los contratos por adhesión, a todos aquellos en que existe previa pre redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos. (2004:69)

En lo afirmado por el autor, se menciona que los contratos masivos, en su mayoría, existe la pre redacción por una de las partes, quien plasmó las condiciones del negocio y a la contraparte únicamente le queda la libertad de aceptar o no el suscribirse para optar al servicio; sin embargo, en la

práctica ya es diferente, pues es casi obligatorio suscribir los formularios o contratos a cambio de poder acceder a servicios, altamente útiles hoy en día para la mayor parte de personas, para que puedan manejar sus recursos dentro del sistema financiero.

La doctrina hace referencia a los distintos productos y servicios que una institución financiera ofrece a sus clientes; en cada una de estas operaciones se involucran contratos que de una u otra forma ligan a los clientes con la misma. Un ejemplo que puede citarse, es la estructura propuesta por Igual, quien los agrupa de la siguiente forma: “Productos de pasivo, productos de activo, productos de inversión, medios de pago y servicios bancarios y banca electrónica”. (2008:12)

En cada uno de estos productos o servicios ofrecidos, existe necesidad, ya sea dictada por entes reguladores o por disposición interna de la institución, de elaborar documentos que respalden la prestación de los servicios y la relación cliente – banco. Para una mejor comprensión de la división sugerida por el autor, si se basa en la estructura citada, los distintos productos y servicios pueden agruparse de la siguiente forma:

Productos de pasivo

Agrupar aquellas operaciones donde los recursos son captados de los ahorrantes, dentro de los cuales se encuentran: cuentas de ahorro, monetarios, depósitos a plazo fijo y otras que se deriven de estas.

Cada institución posee la libertad de crear los formularios para vincular al cliente con la institución, sin embargo en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, en sus artículo 21, establece que: “Las personas obligadas deberán llevar un registro en los formularios que para el efecto diseñará la Intendencia de Verificación Especial, de las personas individuales o jurídicas, con las que establezca relaciones comerciales...”

Los formularios que se utilizan para este tipo de productos, están regidos por la Superintendencia de Bancos, en donde como requisito principal es que se obtengan los datos generales de los clientes, información de sus ingresos, proyección de recursos a manejar y cualquier otra operación que posea con el banco.

Productos de activos

Según lo definido por Igual, los productos de activos pueden definirse como:

Todos aquellos productos utilizados para la cesión de la financiación, como lo son prestamos, créditos, financiación para descuento de efectos de empresa. Se definen como activos porque los recursos cedidos se incorporan al activo en el balance de las entidades ya que representan derechos de cobro futuros. (2008:12)

Este grupo de productos contiene todo lo referente a préstamos que puede otorgar la institución. La Ley de Bancos y Grupos Financieros, en su artículo 41 inciso b) agrupa once tipos distintos de operaciones que puede realizar la institución, dejando abierta la posibilidad a la institución de poder incluir más operaciones.

El tipo de contrato utilizado frecuentemente en este tipo de operaciones, se pueden encuadrar en los contratos de mutuo, utilizándose los distintos tipos de garantías permitidas por la ley; en donde la voluntad de los contratantes que figuran como deudores, es prácticamente inexistente, salvo en aquellas cláusulas específicas en donde se fije plazo de la obligación y la tasas de interés, que generalmente fueron previamente negociadas entre las partes, sin embargo, el resto de condiciones que se establecen en el contrato, es fijado unilateralmente por la institución.

Productos de inversión

Igual, los define como: “Los distintos productos que permiten el depósito de los ahorros para obtener una remuneración vinculada a un mantenimiento en el tiempo”. (2008:13)

Este grupo de productos es lo que se conoce como operaciones a plazo o depósitos de inversión, y su característica principal es una mayor tasa de interés, por un mayor plazo de mantenimiento de los recursos en la institución.

El tipo de contratación que es utilizada generalmente en este tipo de productos, es básicamente la misma que en el resto de productos de activos. Este tipo de contratos, contiene condiciones pre establecidas, son generalmente contratos-tipo, en su mayoría de adhesión, donde los únicos aspectos que pueden ser elegidos por el cliente, son los beneficiarios que

fija en caso de fallecimiento del titular, el plazo a mantener la inversión, la forma de pagos de los intereses y alguna otra condición que no afecte directamente a la institución.

Medios de pago y servicios bancarios

En este rubro clasifica todos aquellos servicios que una institución financiera ofrece, como complemento las otras operaciones que posea el cliente con la institución. Igual define este tipo de servicio como: “Grupo fundamentalmente de tarjetas bancarias, de débito y crédito que permiten hacer operativas las cuentas corrientes y libretas de ahorro, así como envío de transferencias, etc.” (2008:13).

Los contratos utilizados dentro de este tipo de servicios, constituyen el grupo donde más generalizado está el contratos de adhesión, siendo el ejemplo más común el de la tarjeta de crédito o débito, cuyos formularios son diseñados totalmente por la institución, anulando por completo cualquier discrecionalidad que pueda manifestar la contraparte.

Banca electrónica

La utilización de medios tecnológicos que permitan el acceso a distancia de los registros bancarios, es considerado, como como uno de los servicios más novedosos que posee la banca hoy en día. Esto porque ha logrado evitar la presencia física de clientes dentro de las sucursales y permite la ampliación de los horarios tradicionales de atención; marcando

una reducción en el costo que representa la operación de sucursales al banco y haciendo el traslado de estos costos a los clientes, de manera que sea él quien asuma los mismos con sus propios recursos.

Según Igual, la definición de la banca electrónica es:

El conjunto de productos que facilitan las entidades financieras a sus clientes para operar sin desplazarse a las oficinas. Hay que considerar, principalmente que los cajeros automáticos, la operativa de banca por Internet y la banca electrónica. (2008:13)

El autor cita todos los medios electrónicos disponibles hoy en día, desde la utilización de los ATM (*Automatic Teller Machine*) o mejor conocidos como cajeros automáticos y cuyo uso es por medio de las tarjetas de débito o crédito, hasta la banca por internet propiamente dicha; cuyo funcionamiento se realiza mediante claves de acceso, que son entregadas por la institución al usuario, para que este a su vez pueda acceder desde cualquier punto.

Este último servicio, es el que sirve de base para el presente estudio; derivado a que las instituciones han facilitado a sus clientes formularios o contratos de adhesión para que puedan acceder al mismo. Sin embargo este constituye un servicio que en muchas ocasiones implica un costo económico para el cliente y la responsabilidad total para una sola de las partes.

Los instrumentos citados, buscan incrementar el volumen de clientes, pero disminuir las responsabilidades de la institución para los clientes. En muchas ocasiones, la institución en un solo formulario ofrece todos los servicios antes descritos, desde la tarjeta de débito, hasta el servicio de banca por teléfono y el servicio de banca en línea.

Contrato de banca en línea

El servicio de banca en línea, también conocido con los nombres de: banca por internet, *e-banking* (banca electrónica) o también como banca remota, es una de las aplicaciones que va en más crecimiento, y que ha desencadenado un incremento en la demanda de accesos a tecnología y al internet. La banca en línea, forma parte de un concepto integral, mayormente conocido como banca electrónica; que hoy en día agrupa a todos los medios utilizados por una institución financiera, para brindar a sus clientes servicios a distancia.

Dentro del concepto que agrupa la banca electrónica se encuentran varios medios de atención a distancia, entre los que están: Cajeros automáticos: o ATM's (*Automatic Teller Machine*); que son dispositivos cuyas funciones principales son la dispensa de efectivo y la consulta de cuentas y cuya operatoria se efectúa por medio de tarjetas de débito o crédito.

Banca por teléfono: constituida por el servicio que utiliza como medio de acceso a los servicios bancarios, un dispositivo de telefonía, móvil o fija. En la mayoría de instituciones se accede a este servicio, por medio de las tarjetas de débito, crédito y en algunos casos por medio de usuarios asignados.

Según Igual, banca en línea puede definirse como:

Un servicio que permite acceder a un conjunto de prestaciones personalizadas a partir de la conexión con el ordenador de la entidad financiera mediante un servicio de internet. Mediante esta conexión segura, los clientes pueden realizar operaciones financieras en tiempo real con el consiguiente ahorro de tiempo y desplazamiento. (2008:108)

Como lo especifica el autor, el acceso al servicio debe tener ciertas características, entre las cuales están: un servidor o terminal de computadora en la entidad financiera que reciba las operaciones enviadas por los clientes y una conexión segura, esta última un factor importante a cumplir dentro de la comunicación entre el usuario y el servidor del banco.

Generalmente este tipo de servicios, son utilizados por medio de códigos de usuario y contraseñas, las cuales son proporcionadas por la institución. En algunos casos existen dispositivos de seguridad externos, sin embargo, actualmente la utilización de estos dispositivos está condicionado solo a cierto tipo de usuarios, en donde se necesitan niveles de autorización para la realización de todo tipo de transacciones.

La banca en línea, no solo ha sido utilizada para la realización de transacciones, sino también como una plataforma de información hacia los clientes y como un canal de publicidad hacia el cliente.

Como ventaja, este servicio ha podido solucionar las deficiencias físicas de horario, ubicación y distancia para permitir el acceso a los canales por parte del usuario. Avendaño, define la banca en línea como: “El conjunto de productos y procesos que permiten, mediante procedimientos informáticos, que el cliente pueda realizar una serie, cada vez más amplia, de transacciones bancarias sin necesidad de ir a una sucursal. (2011:3)

Es evidente que el servicio de banca en línea se ha convertido en una necesidad para los clientes, sin embargo también para las instituciones ha sido imperante contar con un respaldo contractual, que los proteja por las operaciones realizadas.

Productos y servicios de la banca en línea en Guatemala

La competencia comercial entre las instituciones ha generado una serie de ofertas en las operaciones que pueden realizarse dentro de un sistema de banca en línea. Avendaño sugiere una clasificación en dos grandes grupos las operaciones brindadas en un servicio de banca en línea:

De información: Dentro de las cuales pueden ser agrupadas las consultas de saldo y movimientos de cuentas, tarjetas, información sobre préstamos y operaciones bancarias. Y de órdenes: Incluye transferencias, traspasos entre cuentas, solicitudes de apertura, domiciliación de recibos, solicitudes de talonarios, suscripción a fondos de inversión, planes de pensiones, solicitudes de tarjetas de crédito, compraventa de valores, solicitudes de moneda extranjera. (2011:3)

La clasificación antes expuesta, agrupa los productos y servicios ofrecidos en dos grandes rubros, el grupo de consultas e información, donde se presentan al cliente información de tipo general y consultas sobre sus productos específicos. Y la parte transaccional que contiene las distintas operaciones que el cliente puede realizar dentro del sistema de banca en línea.

Si se toma como referencia los portales de internet de los bancos, se puede evidenciar que las características son similares en lo referente a lo que le ofrecen a los clientes, teniendo variación en algunas opciones, pero todos poseen la característica de ser medios publicitarios de la institución.

Tipo de contrato para la relación banco-cliente

Las instituciones financieras, han definido una serie de formatos para la vinculación contractual entre los clientes y la misma entidad. Este tipo de formatos, se utilizan en todas las transacciones o productos que suscriba un cliente.

Contrato para inicio de relación

La forma contractual que el sistema bancario utiliza para la prestación del servicio de banca en línea, es mediante formularios previamente elaborados e impresos, donde se establecen unilateralmente las condiciones que tendrá que aceptar el cliente.

Los tipos de contratos que pueden poseer características similares o puedan crear alguna confusión, son los estipulados dentro de la legislación vigente, denominados como de prestación de servicios y el contrato de adhesión.

Contrato de prestación de servicios

Viteri define el contrato de servicios como: “Aquel en virtud del cual, una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico en favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario”. (2005:488)

Por lo descrito anteriormente, este contrato no se encuadra dentro de un contrato para prestar un servicio de banca en línea. Adicionalmente la institución financiera como tal, no puede considerarse como un profesional; y en los costos cobrados por la institución no se consideran como honorarios.

Contrato de adhesión

Gherzi, los define de la siguiente manera:

Se tratan de una forma de institucionalizar el negocio económico, en la cual una de las partes establece las condiciones económicas y las plasma en cláusulas generales, volcándolas en un instrumento denominado formulario, de allí que no exista un verdadero consentimiento, sino simplemente un asentimiento. (2011:276)

El planteamiento de cláusulas unilaterales, evidencia que el instrumento contractual es previamente elaborado; se puede observar una ausencia de consentimiento de la contraparte y esto se traduce únicamente a que el cliente únicamente dará un asentimiento, que según el diccionario de Ossorio se define como: aceptación (2001:105); lo cual difiere totalmente de un consentimiento propiamente dicho; ya que este último conlleva un acuerdo de voluntades de ambas partes.

Gherzi indica que el asentimiento: “No es un acto volitivo de las partes, sino un hecho meramente cognoscitivo de una de ellas”. (2011:95). Es decir, solo se conoce de la información del contrato, pero no hay una voluntad total sobre el mismo.

Otro aspecto a aportar para determinar si el contrato utilizado para la prestación del servicio de banca en línea es lo especificado por el autor Aguilar, que indica que dentro de las características principales de un contrato normal, es que las cláusulas han sido puestas en conocimiento de los interesados en el momento en que estos dan su conformidad.

Según la apreciación que hace Aguilar sobre los contratos de adhesión:

...cierto que facilitan la contratación en masa, porque el empresario no puede discutir individualmente el contrato. Pero cierto también que le procuran todas las ventajas, eximiéndole generalmente de responsabilidad o aceptándola en términos que prácticamente se llega al mismo fin... (2004:325)

Según lo anterior, el principal argumento de este contrato, es la falta de tiempo para que cada uno de los instrumentos puedan discutirse de manera individual, de igual forma hacer ver que las características son de unilateralidad en su creación y en la definición de las condiciones.

Un segundo aspecto a observar, es que existe el componente de cláusulas eximentes de responsabilidad, que evidencia que estos formularios son elaborados con el fin de resguardar los intereses de una sola de las partes; lo que conlleva la modificación de lo estipulado en el ordenamiento civil en lo relativo al consentimiento. Este implicaría que ambas partes aceptaran las condiciones, sin embargo, en este instrumento se modifica por un simple asentimiento o lo que es lo mismo, aceptar unilateralmente. El instrumento utilizado por las instituciones bancarias, se puede encuadrar como un contrato de adhesión para la prestación del servicio de banca en línea, ya que el mismo es elaborado previamente, con condiciones estipuladas por una sola de las partes y la aceptación del mismo no está condicionada a la negociación de las cláusulas pactadas.

Estructura de los contratos de servicio de banca en línea

Según Villegas:

En el campo mercantil (arto. 671), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse. (2006:33)

Según la cita anterior, los contratos mercantiles, no poseen estructuras definidas ni formalidades especiales, sin embargo en los contratos de banca en línea, se logra determinar que poseen características similares entre las distintas instituciones.

Si se toma en cuenta que los contratos son bastante similares y se adhiere la costumbre imperante en Guatemala, de no revisar detalladamente los documentos que se suscriben y la falta de comprensión de los términos utilizados en los mismos; ha provocado que estos instrumentos sean firmados por los adherentes, ignorando completamente las cláusulas contenidas en el instrumento y el alcance que cada una de ellas posee.

En un análisis efectuado a los formatos utilizados por las instituciones que operan en el país; se identificó un alto número de coincidencias en la forma en que están redactados y la composición de las cláusulas. Para la distribución de estos contratos, algunas instituciones utilizan el portal de internet para que sea el cliente quien efectúe la descarga de los formatos, de manera que los mismos sean impresos y firmados por el cliente; para posteriormente sea el quien los presente en la agencia bancaria más cercana. De igual forma, existe un reducido número de instituciones que todavía utiliza el formato tradicional pre impreso y que distribuye en sus sucursales que las personas que así lo soliciten.

Ambas prácticas de distribución de los contratos son efectivas, pero de igual manera, son determinantes en la masificación, sin embargo, si se toma en cuenta la opción primera, puede existir un alto riesgo para la institución al momento de suscribir los contratos, no es realizada por el cliente frente a un representante del banco, sino donde el cliente se encuentre; esto puede hacer surgir la duda si el documento firmado por el cliente cumple con ciertas características, como por ejemplo: si el cliente se encontraba con la libertad de voluntad para firmarlo, si quien efectivamente suscribió el contrato es el titular o si dicho documento no es fruto de una estafa o fraude.

Dentro del análisis practicado a los formatos, no se encuentra un orden lógico de las cláusulas, pues las mismas varían según la institución que los redacta. Sin embargo las características que revisten estos instrumentos, son similares. No existe un número específico de cláusulas por contrato, en la mayor parte están constituidos por un mínimo de seis y un máximo de quince cláusulas, de las cuales pueden ser resaltadas las siguientes:

Las primeras cláusulas comprenden la descripción general del servicio, antecedentes del negocio, generales de los contratantes, la existencia de un convenio entre el banco y él o los clientes. De igual forma se pueden encontrar las primeras condicionantes para una de las partes; ya que el cliente “acepta” los servicios prestados o que pueda prestarle la

institución. A partir de la tercera cláusula, en la mayoría de los casos, se hace referencia a las obligaciones que adquiere el cliente por el manejo de acceso para la utilización del servicio.

Entre las cláusulas cuarta y sexta se puede encontrar la imposición de prohibiciones al cliente, es decir, lo que puede realizar o no; también se da la aceptación del cliente a dar como “validas” todas las operaciones que el banco realice en su nombre. Dentro de los mismos existe un apartado en donde el cliente da la autorización al banco para realizar modificaciones en las operaciones que este haya realizado. Es importante indicar que en la mayoría de casos se evidencia que la cláusula sexta existe la exención de toda responsabilidad que hace el cliente al banco, por cualquier tipo de fraude, anomalía, error o mala aplicación. Por lo que parece evidente que esta cláusula está dirigida íntegramente solo a una de las partes firmantes, el cliente.

Las subsiguientes cláusulas, especifican cuestiones sobre el manejo de la relación contractual y los servicios, la responsabilidad que el cliente adquiere para con la institución por el uso que haga de su usuario, horarios a los que se ciñe, para poder utilizar el servicio, costos que pueda tener el mismo y la aceptación total del contrato suscrito.

La siguiente parte del contrato comprende lo referente al lugar y fecha de suscripción, así como las firmas del cliente y el representante del banco. Posterior al contenido del documento y la firma al final de las cláusulas,

se puede encontrar en todos los instrumentos analizados, los espacios en blanco correspondientes para que el cliente firme nuevamente, espacio destinado a la legalización, generalmente no contiene ningún dato, excepto la firma del cliente; este tipo de espacios es dejado para que en determinadas circunstancias, el instrumento pueda ser autenticado o legalizado y hacer cobrar validez al instrumento, cuando así convenga a la institución.

Cláusulas abusivas

Una de las particularidades que presentan los contratos de adhesión utilizados en el sistema bancario, es la inclusión de determinadas cláusulas que pueden considerarse abusivas, contrarias al fin primordial del derecho la justicia y la equidad, y los principios mercantiles de la verdad sabida y la buena fe guardada.

Para comprender que es una cláusula abusiva dentro de un contrato, puede tomarse el concepto de Aguilar, quien las define como:

Aquella que ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido (en particular en el caso de los contrato de adhesión) con independencia de que su destino sea o no incorporarse a una pluralidad de contratos. (2004:97)

Si se toma esta definición, es evidente que la característica principal de una cláusula para que sea considerada abusiva, es que se anule total o parcialmente la voluntad de uno de los contratantes.

Según Ghersi: “Una práctica abusiva, como es la de incorporar cláusulas abusivas, implica un quebrantamiento en sí mismo del factor confianza, que es el elemento central del nuevo modelo de contrato”. (2011:151). Es decir, que la sola inclusión de este tipo de cláusulas, rompe el principio de la buena fe que pueda imperar entre el cliente adherente y la institución.

Una evidencia de esta práctica dentro de los contratos de banca en línea, son las que se encuentran redactadas de determinada forma, como se ejemplifica en una de ellas, que se extrae de un contrato analizado, que indica: “primera: las operaciones que podrá (n) efectuar él (los) usuario (s) a través del servicio de banca en línea, son las que EL BANCO autorice e implemente en dicho sistema electrónico y estarán relacionadas con el manejo de las cuentas”. Esto pone de manifiesto que la institución puede decidir qué servicios brinda y cuáles no, sin embargo el cliente o contratante, queda sujeto a esta decisión para poder obtener el servicio.

Otro ejemplo de cláusula abusiva incluida dentro este tipo de contratos, es el redactado en otro formulario, el cual indica lo siguiente: “segunda: el plazo del presente contrato es por tiempo indefinido, las partes convienen que EL BANCO, podrá en cualquier tiempo cobrar por los servicios que brinde a los usuarios a través del sistema de banca en línea”. Este segundo caso evidencia el mecanismo de protección que utiliza la institución para poder, resguardar el derecho a cobrar por un servicio a futuro, sin embargo no se especifica las condiciones de cobro, monto y la

periodicidad con que se efectuaran; dejando al cliente desprotegido al momento de la suscripción del contrato.

En algunos formularios, pueden encontrarse que existen sub cláusulas dentro de las mismas cláusulas principales. Estos textos, generalmente poco visibles, pueden contener mayores restricciones o prohibiciones a los clientes. Uno de los ejemplos más comunes, son las medidas de protección que la misma institución adquiere para resguardar posibles diferencias en los registros, dejándole al cliente la responsabilidad de las mismas. Estas cláusulas, redactadas de la forma siguiente: “8) El usuario reconoce el derecho de EL BANCO, a restituirse de cualquier diferencia que puede resultar a favor del banco, por errores en el sistema, autorizándolo a debitar las cuentas autorizadas para operar en el sistema”. Es una manifestación de que el cliente provee una autorización a la institución de poder manipular las cuentas de los clientes, sin que exista algún mecanismo de conciliación.

Este ejemplo evidencia que el usuario indirectamente o por desconocimiento, está dando tu autorización para que la institución pueda tener acceso a sus recursos económicos, cuando el banco identifique “errores” de los sistemas. Esto conlleva un riesgo, en virtud de que la contraparte no posee medios para identificar a qué tipo de error ocurrió, a quien corresponde la comisión del mismo o si el error indicado es correcto o incorrecto.

Barbier, hace un resumen de cuales pueden considerarse cláusulas abusivas en un contrato, las cuales se detallan a continuación:

- a. Las que limitan o exoneran responsabilidades del predisponente.
- b. Las que trasladan los riesgos al consumidor
- c. Las que restringen la facultad del adherente de oponer determinadas excepciones
- d. Las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor
- e. Las que consagran facultades rescisorias unilaterales a favor del predisponente
- f. Las que prorrogan la competencia territorial de la autoridad en perjuicio del adherente. (2002:476)
- g.

En la descripción citada, las cláusulas abusivas son afirmaciones que se incluyen en los contratos, buscan proteger al predisponente o el prestador del servicio y dejándole al adherente la única facultad de aceptar o no el servicio, pero bajo las condiciones establecidas previamente.

Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual

Donni, proporciona un concepto de este tipo de cláusulas, las define de la siguiente manera:

Las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad son repartos autónomos o autoritarios, que se utilizan para maximizar los beneficios en la contratación y que alteran el orden de los repartos del daño y la reparación. (2005:25)

Según la cita, las cláusulas que exoneran de responsabilidad, son beneficios que incluyen los contratantes para evitar que, de suscitarse un caso que implique daños o perjuicios, la responsabilidad podría ser trasladada íntegramente a la contraparte. Este mecanismo de defensa

plasmado en el instrumento, busca a toda cosa, que de suscitarse algún problema, la posibilidad de reacción del cliente sea prácticamente nula.

Barbier indica que: “Se trata de un marco diseñado en beneficio del banco y precisamente por ello descarga sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño en la responsabilidad”. (2002:522)

La exposición anterior indica que la intención de este tipo de cláusulas es la exoneración de eventuales responsabilidades en las relaciones comerciales que posean con los clientes. Este tipo de eximentes de responsabilidad es evidente en los contratos de banca en línea, pues existen cláusulas, como la aceptación del servicio, en donde el cliente da por aprobado el servicio que le será brindado posteriormente. De igual manera hay clausulas donde se renuncia al fuero del domicilio y se somete a los tribunales que el banco elija, evidencia de que se busca anular toda posibilidad que pueda tener el cliente de hacer valer sus derechos en determinadas situaciones.

Una de las clausulas más relevantes de exención de responsabilidad, es la que estipula que el cliente “exime de toda responsabilidad a EL BANCO”; esta exención establecida en el formulario, se da sobre situaciones que no están detalladas, pero que en su mayoría, son generadas por la misma institución o relacionadas con ella; donde se puede citar como ejemplo la interrupción de los servicios, los atrasos por

congestión de los sistemas, la utilización equivocada que se haga de los códigos por el usuario o un tercero.

Esto pone de manifiesto que el cliente no puede presentar reclamaciones sobre estas situaciones, aun así le implique pérdida de recursos propios. De igual manera se establece que el manejo que se haga de los códigos es responsabilidad de los usuarios, no tomándose en cuenta que las claves son manipuladas por varias personas antes de ser entregadas a los clientes. Para Doddi:

Estas cláusulas se anticipan a la producción del daño, o sea al nacimiento del derecho de reparación para su titular. Por ello, no son renunciaciones de derechos en sentido estricto, sino que impiden el nacimiento del derecho a ser resarcido en el caso del pacto de exoneración de responsabilidad, o limitan su cuantía en los supuestos de limitación de responsabilidad. (2005:27)

Esta cita, hace evidente que las cláusulas contempladas en este tipo de contrato, son elementos de protección, que se plasman, para evitar complicaciones futuras o reclamos posteriores de parte de los clientes en relación a exigir derechos o indemnizaciones por daños causados.

Responsabilidad y protección de los contratantes en el servicio de banca en línea

Los contratos de adhesión descritos anteriormente pueden, entenderse como instrumentos que generan derechos y obligaciones para las partes, sin embargo, una sola de ellas posee más carga de responsabilidades que la otra. Se considera oportuno detallar algunas de las responsabilidades que atañan a cada uno de los partícipes en los instrumentos en cuestión.

Responsabilidades de la institución bancaria

En la revisión de los contratos, se encuentran pocos aspectos que puedan implicar responsabilidades que vayan a ser asumidas por la institución, por la prestación de este servicio; sin embargo, es posible detallar algunos aspectos, en las que puede incurrir una entidad en la prestación de un servicio de este tipo.

Solamente en uno de los formatos revisados, se incluye una cláusula donde se plasman responsabilidades del banco ante el cliente, la cual se transcribe literalmente: “séptimo. Responsabilidades del banco: El banco se obliga a lo siguiente: a) prestar un servicio adecuado al cliente, atender reclamos por inconsistencias o anomalías en las cuentas propias causadas por operaciones realizadas en cualquier canal electrónico dentro de un periodo no mayor a los treinta días bancarios después de realizada la

operación, fuera de este periodo el banco no aceptará ningún reclamo por parte del cliente. b) El banco podrá notificar al cliente los errores que detecte durante la verificación y hacer las correcciones que a su juicio sean convenientes y necesarias”.

El encontrar únicamente en un solo formulario de todos los revisados, este tipo de cláusula, donde se asume como entidad responsabilidades, evidencia que no es una política generalizada dentro del gremio, el incluir apartados que impliquen asumir responsabilidad y obligaciones ante los clientes.

Dentro de las obligaciones que en el contrato merecen ser incluidas como responsabilidad de la institución, se encuentran las provocadas por fallas humanas, principalmente del personal que está bajo relación de dependencia con el banco, también los errores en la asignación de claves de acceso, las fallas en el manejo de información, deficiencias en los sistemas, violación a los sistemas de seguridad informática y otras muchas que pueden darse por distintas causas.

Uno de los problemas que ocurren con mayor frecuencia son los cometidos por involucramiento del ser humano en los procesos. El error humano es uno de ellos, según Boumpadre: “Error es el conocimiento falso sobre algo. El error representa, siempre, una representación equivocada de la realidad”. (2005:63)

Este tipo de errores, como el digitar equivocadamente información, asignar una cuenta equivocadamente, entrega de información a terceros e inclusive violación a los sistemas de seguridad; pueden ser hechos que se constituyan en delitos, sin embargo en la práctica, no existe en el medio un instrumento que ampare a los clientes al momento de surgir una situación de estas, que le permita accionar judicialmente.

Responsabilidades del cliente contratante

Al ser este formulario un contrato, suscrito entre dos partes, de igual forma genera derechos y obligaciones para el cliente. Según el artículo 1519, del Código Civil, que indica, que desde que se perfecciona un contrato, obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido; es evidente que el cliente adquiere la obligación de acatar lo ahí plasmado.

Dentro de las responsabilidades que se encuentran en este tipo de contratos, existe una variedad de aspectos prohibitivos para el cliente contratante, dentro de los cuales se pueden citar como ejemplo: el hacer uso indebido de las claves de acceso, obligación de mantener la confidencialidad y carácter intransferible de las claves, siempre disponer de fondos para respaldar las operaciones, si en caso se produjeran sobregiros a las cuentas, el cliente es totalmente responsable de los mismos; obligación de reportar inmediatamente por escrito al banco cualquier extravío de las claves de acceso, cumplir con las

recomendaciones de seguridad, generar sus propios comprobantes de pago para cualquier reclamo posterior, asumir la responsabilidad por errores de digitación por transferencias efectuadas, el cliente es el único responsable de las consecuencias civiles, penales y fiscales de las operaciones que realice; ser responsable por los daños que puedan sufrir los sistemas y/o equipos del banco, directamente por el uso que el cliente haga de los servicios del mismo.

Villegas explica que: “El cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos es riguroso, porque solo de esta manera puede conseguirse armonía en la intermediación para la circulación de los bienes y la prestación de servicios”. (2006:24)

Es evidente que la carga de las responsabilidades de los clientes es inversamente proporcional a las responsabilidades de las instituciones. Sin embargo, lo acotado por el autor, hace ver que a pesar de todo, las obligaciones que contrae el cliente contratante en este formulario, deben ser cumplidas, toda vez un órgano jurisdiccional no declare lo contrario.

Las características de este tipo de contratos, es que son servicios prestados por una institución, muchos de los mismos, implican un costo para los clientes, en consecuencia se presume que existe una obligación de parte de la institución en contraprestación del mismo.

Para ejemplificar este punto, se puede citar algunos errores recurrentes que se dan en los sistemas informáticos. Las caídas de sistemas, las duplicidades de operaciones, los bloqueos de claves y la violación a las políticas de seguridad. Se debe resaltar que al momento de suscribir un contrato de prestación de servicio, adquiere los derechos y obligaciones que conlleva el mismo; desde el correcto manejo de los usuarios, hasta evitar hacer mal uso de los medios electrónicos.

Algunos autores apuntan que la mejor manera de cumplir con esas obligaciones, es que el mismo usuario se proteja a sí mismo. Barrios explica que: “Que la mejor manera de realizar una eficiente y efectiva protección de los datos personales, será lograr una combinación de la ley, las normas, el mercado, la tecnología y las medidas de prevención”. (2007:359)

Es importante resaltar que la adquisición de responsabilidades de parte del usuario, conlleva el adecuado uso de las aplicaciones y sistemas, sumado al efectivo conocimiento de sus derechos tutelados en la legislación.

Protección de los datos del cliente

Desde el momento en que un cliente hace uso de los servicios de una institución bancaria, está depositando sus bienes, tanto económicos como su información personal, mucha de la cual puede considerarse por demás sensible.

Según Barrios: “Los datos personales, son los datos que tienen relación con una persona (individual o colectiva) y que dan alguna idea o representación de ellas” (2007:337)

Si se parte desde este punto vista, los datos personales pueden clasificarse en privados y públicos; es decir, datos que pueden ser conocidos y de uso general, y aquellos datos que son estrictamente confidenciales.

Esta información que es confiada a una institución; al igual que los valores, requieren el mayor de los cuidados y una adecuada diligencia en el resguardo de la misma, para evitar que sea vulnerada y sustraída.

Según la legislación vigente, el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, establece que: “Existe confidencialidad en las operaciones, salvo las establecidas por la normativa de lavado de dinero; de igual forma prohíbe a las instituciones, sus funcionarios y empleados a proporcionar información, bajo cualquier modalidad”.

Sin embargo la norma antes citada, no valora los datos que son movilizadas por medios electrónicos, es decir, toda aquella información que no es tangible; por lo que en muchas ocasiones, el cliente es ajeno a

conocer cómo se maneja su información dentro de la institución y las medidas que las mismas toman para proteger su información.

Por el contrario en los contratos de adhesión, no existen cláusulas que hagan ver la protección que posee el cliente ante la comisión de los delitos informáticos. Esta omisión de cláusulas que resguarden a los clientes del servicio, puede dar lugar a que se cometan delitos y no existir amparo legal para el mismo. Según Barrios, se puede definir como delito informático como:

Las acciones prohibidas por la ley, cometidas en contra de uno o varios elementos que integran un sistema de información o los derechos del mismo deriven (protección de datos, intimidad o privacidad, derechos de autor). (2007:378)

Según el autor, los delitos son atentados contra los sistemas informáticos, cuya materia prima, es la información y recursos económicos de los clientes. Las instituciones hacen referencia en sus distintos portales electrónicos, que han sido certificadas por entidades extranjeras en medidas de seguridad de sus sitios; sin embargo en la práctica se ve por los distintos medios de comunicación, que no existe un sistema que pueda ser totalmente seguro.

Para ejemplificar un caso de este tipo, puede hacerse referencia a una noticia publicada en el portal de internet www.bsecure.com.mx, de fecha 12 de junio del año 2012; donde indica que en la ciudad de Seattle, estado de Washington en Estados Unidos; una persona de tan solo 21 años identificado como David Benjamin Schrooten, logró violar los

sistemas de entidades financieras “seguras” y logro un robo de 44,000 números de tarjetas de crédito que representa para igual número de incautos, consumos millonarios que se verán reflejados en los estados de cuenta. <http://www.bsecure.com.mx/featured/arresto-de-hacker-que-robo-44000-numeros-de-tdc-no-es-ni-la-punta-del-iceberg-autoridades/> Recuperado. 28/09/2012.

Esto pone de manifiesto que los sistemas de certificación no son totalmente efectivos, y si este tipo de situaciones afecta a un país de primer mundo, es evidente que en Guatemala la vulneración a la información puede ser aún más dañina. Esta situación de indefensión que pudieran tener los clientes con su información, obliga a pensar que en los contratos de banca en línea de las instituciones, no se incluye alguna cláusula específica de responsabilidad en caso de violación de la información o cuentas de los clientes.

Derechos del cliente bancario como consumidor

Un cliente de una institución bancaria también debe ser considerado como un consumidor, por estar demandar productos y servicios de una empresa, y que en la mayor parte de los casos, poseen un costo para el cliente. En función de esta afirmación, es importante considerar que el cliente como consumidor posee derechos y que los mismos deben ser tutelados.

La tutela de sus derechos, debe ser ejercida por las distintas entidades que posean a su cargo la supervisión y fiscalización de las entidades como la Superintendencia de Bancos, que debe velar por evitar los excesos de las entidades bancarias, la Dirección de Atención al Consumidor, cuya obligación es resguardar a los consumidores de los abusos y la Procuraduría de Derechos Humanos, para denunciar la falta de acción del estado ante estas situaciones. Según Barbier, los aspectos que deben ser regulados son:

- a. La redacción unilateral de cláusulas que acepta o rechaza, sin posibilidad de modificarlas, aunque concertadas en este caso por varios predisponentes.
- b. El predisponente aprovechando su situación de parte económicamente fuerte, además de su experiencia jurídica, y en ejercicio de una actividad monopolizada, fortalece su posición contractual y debilita a la otra parte imponiendo cláusulas vejatorias.
- c. La predisposición de cláusulas equivocadas, oscuras o redactadas maliciosamente en formularios de letra pequeña, que dada la prisa con que suelen celebrarse los contratos singulares la mayoría de casos no son leídos por el adherente, facilita la comisión de abusos y fraudes. (2002:56)

El autor hace énfasis que la masificación de los contratos ha provocado la comisión de abusos en contra de los clientes, que en la mayoría de los casos se traducen en costos que el cliente debe asumir y en limitar toda posibilidad de reclamo hacia la institución, como mecanismo de defensa, incluyendo cláusulas abusivas dentro del contrato.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, existe la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, creada con el decreto número 06-2003; donde establece en sus considerandos que el mandato

constitucional establecido en el artículo 119 literal i) de la Constitución Política de la Republica, vela por la protección y defensa de los consumidores.

En el mismo cuerpo legal, hace referencia a los contratos de adhesión, en el artículo 47, los cuales define así: Se entenderá por contrato de adhesión, aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por una de las partes, sin que la otra pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar.

Así mismo el artículo citado, establece que los contratos son inválidos y no producen efecto alguno, cuando dentro de su estructura se incluyan clausulas o estipulaciones que tengan las siguientes características: otorgar a una sola de las partes facultades para dejar sin efecto el contrato o modificar el mismo, que establezca recargos o incrementos en el precio, siempre que los mismos no hayan sido previstos, hagan responsable a una sola de las partes, por los efectos de las deficiencias, omisiones o errores del bien o servicio cuando no le sean imputables; y una que pudiera considerarse de mayor importancia, es que contengan limitaciones de responsabilidad ante el consumidor o usuario, que puedan privar a éste de su derecho o resarcimiento por deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esenciales del bien o servicio.

Es evidente que la normativa, trata de proteger a los usuarios de los contratos de adhesión que puedan resultar dañinos y que incorporen cláusulas abusivas o impliquen desventaja al contratante adherente. De igual forma establece que pueden ser nulas las cláusulas que impliquen total responsabilidad del cliente ante los efectos de deficiencias o errores cuando en realidad no le puedan ser imputables o no exista el medio para identificar el grado de responsabilidad.

El artículo 48 de la misma ley, indica que además de lo establecido en otras leyes, los contratos de adhesión podrán constar en formularios ya impresos o reproducidos y deberán estar escritos en idioma español con tamaño de letra y caracteres legibles a simple vista. Las cláusulas en que no se cumplan dichos requisitos no producirán efecto alguno para el consumidor o usuario. Adicionalmente que no se deberá hacer relación a textos o documentos que no se proporcionen al consumidor o usuario simultáneamente a su suscripción.

Es evidente que, según la norma citada, los contratos de adhesión deben de poseer características de claridad y legibilidad, pero en la realidad estos factores, distan mucho de cumplirse en los formularios observados, pues la mayoría de documentos analizados, presentan tamaños de letras poco visibles y términos complejos para una persona que desconozca la terminología utilizada en los contratos.

Según las normativas analizadas, el cliente del servicio de banca en línea, está protegido por las leyes existentes, sin embargo, la falta de difusión y campañas de información, sumado al temor a enfrentar o reclamar derechos ante instituciones que se consideran grandes, en función de sus recursos económicos, provoca que en muchas ocasiones, exista miedo al reclamo, por lo que se prefiere asumir las consecuencias del problema, aun así no sea responsabilidad del cliente. Esto provoca que muchas situaciones de este tipo sean desconocidas y que el derecho no accione en beneficio de quien se vea afectado.

Posibles riesgos para los contratantes del servicio de banca en línea

Como todo producto o servicio, la utilización de canales electrónicos no está ajena a los riesgos que implica su uso. Esto derivado a que las nuevas tecnologías son frecuentemente blanco de fraudes, estafas, bloqueos o intromisiones en sus sistemas de seguridad, lo que puede provocar un incremento en los niveles de peligros que deban afrontar; los clientes y la institución misma.

Riesgos para la institución financiera

En lo referente a los riesgos que una institución puede enfrentar al prestar el servicio de banca en línea, hay una gama de factores que, de concretarse, pueden traducirse en pérdidas de recursos, deterioro de la imagen y pérdida de clientes.

Uno de los principales riesgos que afronta una institución es el denominado riesgo informático, el cual puede definirse según lo expuesto por Téllez, quien indica que: “Los riesgos informáticos se refieren a la incertidumbre existente por la posible realización de un suceso relacionado con la amenaza de daño respecto a los bienes o servicios informáticos” (2008:33).

Donde se ve que la vulneración de uno de los sistemas de una entidad, puede implicar fallas y pérdidas, que no solo afecten a la institución, sino a los clientes que trabajen con ella. Sin embargo en el medio guatemalteco, existe poca información relacionada a conocer si las instituciones poseen una cultura de prevención de riesgos.

La Superintendencia de Bancos de Guatemala, enumera los riesgos más comúnmente afrontados por los bancos, los cuales son: riesgo crediticio, riesgo de tasas de interés, riesgo cambiario, riesgos de mercado, riesgo operacional y de otros tipos.

Es importante resaltar dos tipos en particular de riesgo. Según el portal de la Superintendencia de Bancos, ente encargado de la supervisión de las entidades financieras, el riesgo operacional es el que: “Puede ocurrir la probabilidad de pérdidas debido a la inadecuación o a fallas de procesos, del personal, de sistemas internos, o bien a causa de eventos externos.” <http://www.sib.gob.gt/web/sib/sbr/enfoque/riesgos>. Recuperado 28/09/2012.

Esto puede ocurrir en aquellos casos, cuando sobrevienen fallas en los sistemas de acreditamientos electrónicos de nóminas o planillas, lo que puede conllevar pérdida para la institución y ocasionarle problemas para a los clientes. Una evidencia de este tipo de fallas, puede ejemplificarse con la noticia publicada en un medio de comunicación escrito. Según la nota de: Herrera, P., en el diario Prensa Libre, con fecha 3 de noviembre del año 2011, y que fue titulada: “Docentes fueron millonarios por minutos”, explica que una falla de los sistemas informáticos en un banco del sistema, provocó que las cuentas monetarias, donde se acreditan los salarios de los docentes, registraron acreditamientos de fondos millonarios, que iniciaban desde dos millones de quetzales y llegaron a alcanzar hasta diecinueve millones. http://www.prensalibre.com/noticias/Millonarios-minutos_0_602339790.html. Recuperado 28/09/2012.

Existen otros tipos de riesgos que la Superintendencia de Bancos expone, como por ejemplo: los riesgos de concentración, riesgos de país, de liquidación, riesgo reputacional y riesgo de negocios. Estos dos últimos son altamente probables que ocurran por consecuencia de fallas o errores en la prestación de un servicio, por el efecto que puede poseer sobre una institución el malestar de sus clientes.

Según la definición aportada por la Superintendencia de Bancos, el riesgo reputacional: “Es el referente a pérdidas futuras por la disminución del negocio y su rentabilidad como consecuencia del deterioro de la imagen de la entidad”. Esto puede suscitarse, si en el medio se generaliza una información negativa de cualquier tipo en contra de una institución, que vaya desde comentarios de quiebra o malos manejos, hasta la publicidad negativa que pueda adquirir por el mal servicio hacia sus clientes y la política de cobros exagerados.

Otro riesgo que puede citarse, es el denominado riesgo de negocios, que según el portal consultado es: “La probabilidad de pérdidas futuras derivadas de la disminución del negocio y su rentabilidad como consecuencia de que el negocio actualmente desarrollado por la entidad deje de ser viable económicamente”. Es decir, si las instituciones pierden los negocios o los mismos se traducen en económicamente inviables, puede traer consecuencias a la institución.

Con lo descrito anteriormente, queda demostrado la necesidad de que las instituciones fortalezcan sus sistemas informáticos, para evitar ser blanco de un ataque que incremente los niveles de riesgo, así como mejorar la comunicación hacia sus clientes, para que estos en determinado momento no se conviertan en detractores de la misma institución.

Riesgos para el cliente bancario

El cliente que contrate el servicio de banca en línea, debe tener plena claridad y conocimiento que su información, recursos y cuentas pueden ser eventualmente blanco de un ataque informático que se convierta en un fraude, estafa o vulneración de su información personal, es decir, de igual forma se asumen riesgos. En el Código Penal vigente, se desarrolla en el capítulo VII lo referente a la protección de los derechos de autor, propiedad intelectual y delitos informáticos.

El artículo 274 D, de ese cuerpo legal, hace referencia a los registros prohibidos, e indica que se impondrá prisión y multa, al que creare un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas. Esto puede ser aplicable a los contratos de banca en línea, desde el punto de vista de cliente, al momento de requerir la contratación del servicio; se firman formularios en blanco, se detallan cuentas y a su vez estas poseen información del cliente mucho más profunda.

Esta información puede ser utilizada maliciosamente para la creación de bases de datos, que si no se resguarda adecuadamente, posteriormente pueden ser utilizados a conveniencia de personas ajenas a la institución. Este factor de riesgo se ve incrementado en función de que la manipulación de la información contenida en los formularios y los accesos a las cuentas, esta delegado en personas jóvenes y con niveles de escolaridad bajos.

Es claro que la información puede ser objeto de ataques, lo cual incrementa el nivel de riesgo sobre el patrimonio de las personas. Boumpadre, quien cita un caso ventilado en la justicia argentina, que puede evidenciar que existe la participación de personas que laboran en una entidad para cometer ilícitos:

Caso conocido por la Sala I de la Corte Nac. Crim. Y Correc. Capital Federal: Caso Iglesias, Carlos M. por la comisión del delito de hurto por el apoderamiento de dinero efectuado por un empleado bancario, quien mediante el uso de sistemas de computación del banco, transfirió a su cuenta personal, diversas sumas de dinero provenientes de otras cuentas. (2005:91)

El caso citado, pone de manifiesto que dentro de las mismas instituciones, hay riesgo y que el personal puede llegar a comprometer sus principios y valores; y con ello aprovechar los recursos de los clientes para incrementar su patrimonio personal. Uno de los riesgos latentes como el caso citado en el párrafo anterior, es el relativo a la infidelidad de los empleados. Según Boumpadre:

Toda acción que causa un daño a los intereses confiados puede ser subsumida dentro del amplio concepto de infidelidad. La acción de quebrantamiento de la fidelidad, se define por el verbo “perjudicar”, que significa provocar un deterioro patrimonial y efectivo en los bienes pecuniarios manejados. (2005:179)

Algunas instituciones manejan dentro de sus políticas internas, los denominados contratos de fidelidad que se suscriben entre las empresas proveedoras y la entidad; sin embargo es poco conocido en el medio, que esta política se aplique dentro de los contratos individuales o colectivos de trabajo, a pesar que el personal maneja información altamente sensible. Otro de los riesgos afrontable por el cliente, es el mal uso que puedan hacer de sus claves de acceso; que las mismas puedan ser violadas y conocidas por terceros, lo que implicaría que puedan realizar operaciones anómalas.

El Código Penal, establece un artículo referente al tema del mal uso de la información de los clientes. El artículo 274 F, define el uso y manejo de la información. Indica que: “Existe prisión y multa al que, sin autorización, utilizare los registros informáticos de otro, o ingresare, por cualquier medio, a su banco de datos o archivos electrónicos.

El artículo efectivamente ofrece una protección, pero la misma es escasa o casi nula. De igual forma en los contratos analizados, no hacen mención de esta protección y se omite cual será el procedimiento a seguir en caso de que el cliente haya sido objeto de un fraude o estafa mediante la utilización de las claves de acceso por personas ajenas.

Por el contrario, todos los contratos revisados, presentan cláusulas que eximen totalmente de responsabilidad a las instituciones financieras, citando para el caso un ejemplo de la redacción en uno de ellos que indica: “Aceptación del servicio. El usuario por este medio expresamente acepta: ...3) Que no trasladará el *password* (clave de acceso) al sistema a tercera persona alguna y que en todo caso, desde ya asume la plena responsabilidad de las operaciones que se realicen por medio de dicho *password*, exonerando de toda responsabilidad al Banco...”

Sin embargo, al analizar la forma en que se obtiene la clave de acceso para utilizar este servicio, puede conocerse que la información que el cliente proporciona en el formulario, ingresa por una persona que recibe la solicitud en una agencia, esta persona la traslada para su procesamiento o validación y posterior generación de las claves correspondientes; después de realizados estos pasos, la clave debe ser devuelta al cliente, que en muchos casos, no es la misma persona quien recibió la solicitud y quien realiza la entrega. En algunos casos, la información es enviada por correo electrónico, pero todavía existe, en algunas instituciones, entrega física de la misma. Por lo anterior para el cliente no existe garantía de que esa información no haya sido vista previamente por otras personas. Ante esta situación, el cliente confía que las claves de acceso solamente han sido conocidas por el titular de la cuenta; pero en la realidad los

accesos por lo visto anteriormente, pueden ser manipuladas por otras personas.

Necesidad de incorporar medidas para garantizar la seguridad de los contratantes

Las nuevas tecnologías, conforme evolucionan; incrementan las amenazas a los sistemas. Esto provoca que las instituciones incorporen nuevas medidas que ofrezcan una mayor certeza a los contratantes de un servicio. Implementar nuevas garantías para los contratantes de banca en línea, puede ser enfocado desde dos puntos de vista.

El primer punto según Barrios: “La seguridad tecnológica va enfocada a la buena administración de la información y de la *data* (datos) que circulan por el internet, para ello se deben utilizar recursos como los *firewalls* (cortafuegos), antivirus y técnicas seguras de administración”. (2007:318)

La necesidad de que las instituciones inviertan en tecnología de punta para proteger la información, debe considerarse una prioridad, derivado a las constantes amenazas de las que puedan ser objeto.

El segundo aspecto de Barrios es: “La seguridad enfocada desde el punto de vista legal, consiste en contar con normas adecuadas a los nuevos medios tecnológicos que brinden certeza a las partes involucradas”. (2007:318)

Este punto de vista, hace referencia a que el estado debe tener una participación importante en garantizar las relaciones contractuales, principalmente cuando los medios utilizados son los tecnológicos. Actualmente no existe una ley que regule el comercio electrónico como tal, en si, por lo que eso representa una desventaja ante legislaciones de otros países que poseen adecuados marcos regulatorios.

De igual forma, se necesita implementar mayores controles por las instituciones financieras, que dificulten la violación de las medidas de seguridad, así como implementar controles duales para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, para que todas las gestiones que el cliente realice para contratar el servicio, puedan efectuarse por medio de internet y el cliente únicamente se acerque a una sucursal a validar la misma, con su firma y huella dactilar.

Garantías adicionales

Las instituciones pueden ofrecer un conjunto de aspectos que den un valor agregado a sus clientes, medidas de protección adicionales, así como impulsar la prevención como la mejor medida de protección.

Sin embargo si la información, patrimonio y demás datos que puedan ser sensibles de los clientes logran ser violados, la institución debe estar preparada para responder a esta contingencia, ofreciendo las alternativas a sus clientes, para mitigar los riesgos. Estos riesgos que son conocidos como riesgos informáticos, aquellas posibles fallas que puedan poner en peligro la información y recursos de la institución y sus clientes.

Para Téllez, los riesgos informáticos se refieren a:

La incertidumbre existente por la posible realización de un suceso relacionado con la amenaza de un daño respecto a los bienes o servicios informáticos, como por ejemplo los equipos informáticos, periféricos, instalaciones, proyectos, programas de cómputo, archivos, información, datos confidenciales, responsabilidad civil que estos ocasionen frente a terceros por la prestación de un servicio informático. (1988:33)

Estos riesgos, son incertidumbres integrales, que pueden llegar a afectar cualquier tipo de bien o servicio de una entidad. Es por ello que las instituciones deben incluir protecciones adicionales tanto para sus bienes, como para sus clientes y ahorrantes.

Una de las medidas adoptables y que en la actualidad no existe evidencia de que sea utilizada por la mayor parte de entidades, son los denominados seguros informativos; los cuales buscan dar cobertura a la institución y sus clientes contratantes.

Téllez afirma que: “La necesidad de que las empresas o compañías que emplean bienes o servicios informáticos, recurran a los contratos de seguro para que estos cubran o respalden la gama de riesgos informáticos existentes se convierte en un imperioso menester”. (1988:59)

El seguro informático es una garantía a futuro de posibles situaciones que puedan implicar riesgos; en muchos casos la falta de interés de las personas, impide que contraten este tipo medidas preventivas. En el tema financiero, se percibe que existe necesidad de que las instituciones brinden más bienes o servicios utilizando el internet; por lo que, de igual manera, debe ir acompañado el desarrollo de productos, con una política de protección, que dicte que según se vayan desarrollando nuevas aplicaciones y con las existentes, ve vayan dotando de seguros que resguarden a la institución de los riesgos informáticos.

Uno de los ejemplos que actualmente puede considerarse exitoso, es el de las tarjetas de crédito, que con el incremento de los fraudes al que ha sido sometido este tipo de productos, se implementaron seguros que resguardan a los clientes y las entidades contra este tipo de siniestros. Las tarjetas están protegidas contra robos, clonaciones y falsificaciones, a cambio de una suma de dinero, que es costeadada por el tarjetahabiente.

Sin embargo, en el contrato de banca en línea; entre los formatos revisados, ninguno expresa que el servicio está protegido por algún tipo de seguro, tampoco indica el procedimiento a seguir en caso de operaciones que puedan considerarse fraudulentas.

Modificaciones a la estructura de los contratos

Las instituciones deben adaptarse a las nuevas tecnologías y exigencias actuales de sus clientes; también actualizar los formularios utilizados para la contratación de servicios, a las demandas de los clientes, quienes cada día buscan mayores diferenciadores y beneficios para sí mismos. La mayoría de los negocios bancarios y en general del sistema financiero son atípicos porque muchos de los contratos utilizados no logran encuadrarse dentro de la contratación mercantil tradicional. Y como lo expone Boneo: “Los usos y costumbres en la actividad bancaria, revisten la constancia necesaria para suplir los vacíos o insuficiencias normativas; en especial, en lo que atañe a los contratos...” (1994:53).

La contratación bancaria, adicionalmente de mejorarse y modernizarse; debe estar más regulada, para evitar la inclusión de aspectos dañinos a los clientes y sobre todo, cláusulas que liberen de responsabilidades, que pudiesen ser imputables a la institución y no al cliente.

A la luz de este punto y si se toman como base todos los formatos revisados de las instituciones que actualmente prestan el servicio; se sugiere una estructura de contrato que pueda subsanar las deficiencias que presentan los utilizados actualmente.

El siguiente subtítulo busca detallar el contenido que pueda tener cada una de las cláusulas, donde se consiga un balance entre los derechos y obligaciones de los contratantes, así como dejar, de manera clara, detallados los derechos y obligaciones, para cada uno de los contratantes.

Propuesta de contrato para la prestación del servicio de banca en línea

República de Guatemala, el día _ del mes _ del año_. Por una parte Banco ____, Sociedad Anónima; que en adelante se denominará simplemente como “El banco”, y por otra el Señor (a) (ita) _____, que en adelante se denominará como “El usuario”, y quien reside en _____, convenimos para celebrar el contrato de prestación de servicios de banca en línea, ofrecido por el banco y que estará sujeto a las siguientes condiciones:

Primero. Definiciones: En esta cláusula debería establecer de manera clara y concisa que componentes posee el contrato, terminología utilizada en el mismo, que comprende el servicio de banca en línea, los tipos de cuentas sujetas al servicio, alcances y limitantes del mismo.

Segundo. Objeto del contrato: Podría ser la cláusula que defina en forma clara cuál es el objeto del contrato, medios que puede utilizar el cliente para acceder a los servicios y plataformas actuales y futuras.

Tercero. Convenio de prestación del servicio: Puede estipular las condiciones como el banco prestará el servicio y las condiciones a que se sujeta el cliente para poder utilizarlo. Estas condiciones deberían detallar horarios, manejo de las contingencias en caso de fallas del banco, procedimientos a seguir por los clientes, en caso de errores y los medios de comunicar las mismas.

Cuarto. Operaciones, consultas y servicios: Puede ser el espacio destinado a detallar las operaciones a las que los clientes podrán tener acceso. Así como las implicaciones y repercusiones que cada una de las mismas si fueran empleadas equivocadamente, así como el derecho de la institución a establecer bitácoras para dejar registros de las mismas. De igual forma, los servicios que el cliente solicite, costos y pagos de servicios ajenos a que desea acreditar.

Quinto. Prestación del servicio: Esta cláusula debería contener las responsabilidades adquiridas por el banco para la prestación del servicio y la salvedad de aquellas situaciones que están fuera de su alcance. Detallar los costos que pueda tener el servicio, forma de incremento o disminución y la comunicación que debe existir desde el banco al cliente y viceversa.

Sexto. Medios de autenticación y autorización: Podría ser el espacio destinado a detallar cuales serían los medios de autenticación, si existirán mecanismos externos para validar el usuario del cliente y el compromiso de la institución de trasladar de manera efectiva una comunicación sobre

medidas de seguridad. Aquí puede incluirse el procedimiento para determinar si un error es atribuible al banco o al cliente.

Séptimo. Responsabilidades de la institución: Puede destinarse esta cláusula, para colocar las responsabilidades que puedan atribuirse a la institución, así como la validez que tengan para el cliente todas las operaciones y sus comprobantes, para sí mismos o ante terceros; cual sería la forma de resarcimiento en caso de daños y perjuicios que puedan atribuirse al banco. El procedimiento de reclamos y la forma en que el banco notificará sus cambios.

Octavo. Responsabilidades del cliente: Esta cláusula debe indicar el grado de responsabilidad que debe tener el cliente sobre el manejo de sus claves, compromiso que adquiere, obligación de notificar; obligación de mantener al día los costos acordados y otros que puedan adquirir en un futuro.

Noveno. Medidas de seguridad complementarias: En este espacio podría indicarse que ambos contratantes aceptan de común acuerdo la contratación de un seguro informático que permita resguardar a la institución y al cliente ante posibles siniestros, así como el compartir los costos que pueda implicar el mismo.

Décimo. Plazo del contrato y terminación: Incluiría la información relativa a fechas, tanto de inicio como de fin, así como la forma de prorrogar o finalizarlo de manera unilateral y motivos para hacerlo.

Décimo primero. Medios de solución de desacuerdos o conflictos: Esta cláusula debería contener como se atenderán las divergencias surgidas.

Décimo segundo. Lugar para notificaciones: donde fijan las partes el lugar para notificarse.

Décimo tercero: Aceptación. Esta debe ser la cláusula donde ambas partes firman y suscriben el presente contrato, además de servir para indicar el lugar y fecha de firma del mismo.

Como parte de los cambios a tomar, las instituciones deben implementar mejores controles que garanticen la validez de los contratos, sin desnaturalizar el fin último de la masificación de los productos, que es la rapidez. De igual forma, es imperante mejorar los controles para la suscripción de este tipo de contratos, dando mayor certeza jurídica a los clientes que requieren este tipo de servicios.

Conclusiones

El desarrollo constante de la tecnología, la necesidad de masificar los productos y servicios que se ofrecen a los clientes, aunado a la gran competencia existente hoy por hoy entre entidades financieras; ha provocado que se busquen medios más rápidos de comercializar sus productos, lo que ha llevado a la creación de formularios masivos para contratación; los cuales están dirigidos íntegramente a proteger los intereses de las entidades, conformando los instrumentos con cláusulas abusivas y eximentes de responsabilidad; que por la necesidad de los clientes, deben aceptar y firmar.

Este tipo de contratos –formulario, frecuentemente utilizados en más de un producto bancario, ha resultado una solución efectiva de las necesidad de la entidad bancaria de resguardar sus riesgos y trasladar los mismos a los clientes, tratando de evitar que los clientes puedan tener posibilidad de reclamos o demandas de parte de los clientes; por lo que es imperante re evaluar la estructura de los mismos.

Los contratos analizados, poseen una característica predominante y es la facilidad con que puede ser detectable la excesiva utilización de cláusulas ilegales, que ponen a una de las partes en desventaja; sin embargo esta situación es permitida por los entes encargados de la supervisión y

fiscalización de las instituciones, lo que los hace partícipes de este problema al no regular la emisión de este tipo de instrumentos.

Es importante poder promover una reforma integral y una mejora en los controles a la utilización de este tipo de contratos, de manera que los mismos puedan ser equitativos en las responsabilidades generadas; pues las características de los actuales instrumentos, difieren de los principios generales del derecho.

Según las leyes de Protección al Consumidor y Usuario, Código de Comercio y Código Civil; las cláusulas de exoneración de responsabilidad o cláusulas abusivas que se plasman en un contrato, se tienen por no puestas; esta acción pudiera invalidar el contrato ante cualquier autoridad jurisdiccional que conozca sobre el caso, pero existe un temor generalizado de poder accionar contra este tipo de instrumentos y la entidad que los haya creado; lo que hace que los mismos nunca se sancionen y se siga con un incremento desmedido en su utilización, pues se ha caído en la política de ser instrumentos socialmente aceptados.

La evolución constante de la tecnología, hace urgente la adopción de medidas que contribuyan a minimizar los riesgos; siendo una buena opción la inclusión de seguros informáticos, que puedan apoyar a los usuarios en casos de estafas. Este tipo de seguros, existentes ya en distintos países, y de características similares al utilizado para las tarjetas

de crédito; contribuyen a que los clientes de un servicio como el de banca en línea, puedan realizar con mayor confianza sus operaciones.

Referencias

Aguilar, V. (2004). *El Negocio Jurídico*. Guatemala. Editorial Serviprensa, S.A.

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Avendaño, H. (2011). *Seguridad Jurídica en la Banca Electrónica*. Guatemala. USAC.

Barbier, E. (2002). *Contratación Bancaria 1*. Argentina. Editorial Astrea.

Barrios, O. (2007). *Derecho e Informática. Guatemala*. Editorial Centro de Estudios de Derecho.

Boneo, E. (1994). *Contratos Bancarios Modernos*. Argentina. Editorial Abeledo-Perrot.

Buompadre, J. (2005). *Estafas y otras defraudaciones*. Argentina. Editorial LexisNexis.

Congreso de la República de Guatemala. (1970). *Código de Comercio, Decreto Número 2-70*.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). *Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto Número 19-2002*.

Congreso de la República de Guatemala. (2001). *Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Decreto Número 67-2001.*

Congreso de la República de Guatemala. (2003). *Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Decreto Número 06-2003.*

Doddi, C. (2005). *Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual.* Argentina. Editorial LexisNexis.

Gherzi, C. (2003). *Responsabilidades de las Entidades Bancarias.* Bs. As. Argentina. Editorial Universidad S.R.L.

Gherzi, C.; Weingarten, C. (2011). *Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo.* Bs. As. Argentina. 2ª. Edición. Editorial La Ley.

Igual, D. (2008). *Conocer los productos y servicios bancarios.* Barcelona, España. Bresca Editorial, S.L.

Jefatura de Gobierno. (1977). *Código Civil, Decreto-Ley Número 106.* Guatemala.

Jefatura de Gobierno. (1979). *Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto-Ley Número 107.* Guatemala.

Junta Monetaria. (2002). *Resolución JM-182-2002.* Guatemala.

Ossorio, M. (2002). *Diccionario Jurídico.* Argentina. Editorial Heliasta.

Téllez, J. (1998). *Contratos Informáticos*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

Villegas, R. (2006). *Derecho Mercantil Guatemalteco*. Guatemala. 6ª Edición. Editorial Universitaria USAC.

Viteri, E. (2005). *Los contratos en el derecho civil guatemalteco*. Guatemala. 2ª. Edición. Editorial Serviprensa, S.A.

<http://www.bsecure.com.mx/featured/arresto-de-hacker-que-robo-44000-numeros-de-tdc-no-es-ni-la-punta-del-iceberg-autoridades/>. Recuperado. 28 de septiembre de 2012.

http://www.prensalibre.com/noticias/Millonarios-minutos_0_602339790.html. Recuperado. 28 de septiembre de 2012.

<http://www.sib.gob.gt/web/sib/sbr/enfoque/riesgos>. Recuperado 28 de septiembre de 2012.