

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



FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE CHEQUE EN
GUATEMALA

JUAN FERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ

GUATEMALA, OCTUBRE 2012

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

FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE CHEQUE EN
GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN FERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre 2012

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Castro Monroy
Vocal:	Lic. Carlos Alberto Velásquez
Secretario:	Lic. Héctor David España Pinetta

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Aguirre
Vocal:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis
Secretario:	Lic. Rodrigo Franco López

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licda. Maricela Higueros de Hernández
Abogada y Notaria



Guatemala, 15 de junio 2012

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

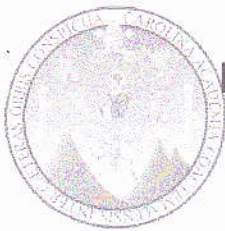


Respetable Doctor:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a la designación en mi persona para desempeñar el cargo de asesora, del trabajo presentado por el Bachiller: **JUAN FERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ**, intitulado "**FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE CHEQUE EN GUATEMALA**"

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- I. El contenido científico y técnico de la tesis se desarrolla en el marco del derecho mercantil y bancario, específicamente en las actividades cotidianas de dichas instituciones en el tráfico de comercio especialmente en lo relativo a la apertura de cuentas bancarias y celebración del contrato de adhesión de cheque, cuya institución mercantil no está regulada en el Código de Comercio ni en otras leyes bancarias, por lo que representa un valioso aporte y propuesta de regulación del mismo.
- II. Con relación a la metodología y técnicas utilizadas en el desarrollo de la presente investigación en materia mercantil, se utilizó el método analítico, tomando como referencia la diversidad de información obtenida, misma que debió ser analizada y seleccionada para la elaboración del informe final. En cuanto a la técnica utilizada ésta se refirió a la bibliográfica, tomando en cuenta los textos tanto de autores nacionales como extranjeros que fueron utilizados para el desarrollo de la presente investigación.
- III. En cuanto a la redacción íntegra de la presente investigación, el Bachiller **GÓMEZ GONZÁLEZ**, considero que utilizó los métodos más adecuados en



Licda. Maricela Higueros de Hernández
Abogada y Notaria

- cuanto a redacción y puntuación de conformidad con lo preceptuado en el Diccionario de la Real Academia Española.
- IV. La contribución científica del tema presentado, indudablemente será de gran beneficio para la comunidad jurídica guatemalteca, especialmente para estudiantes, profesionales del derecho y especialistas de derecho mercantil, pues se desarrollan varios tópicos en los que se encuentra el negocio jurídico mercantil, la actividad bancaria, el cheque y el análisis de la falta de regulación específica del contrato de cheque en Guatemala.
- V. Con respecto a las conclusiones y recomendaciones elaboradas y presentadas en esta investigación jurídica, considero que son acordes y oportunas además de valiosas, ya que enfocan el contenido temático con respecto a la falta de regulación específica del contrato de cheque en Guatemala.
- VI. En relación a la bibliografía utilizada, se considera que fue la más oportuna para culminar el presente estudio, y en ese orden la legislación y los textos de autores nacionales y extranjeros fueron seleccionados por el Bachiller **GÓMEZ GONZÁLEZ**, mismos que se encuentran en el apartado de bibliografía del informe final.

Por lo antes indicado, considero que el trabajo de investigación del Bachiller **JUAN FERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para continuar con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,

Licda. Maricela Higueros de Hernández
Abogada y Notaria
Colegiado 8616

Licda. Maricela Higueros De Hernández
ABOGADA Y NOTARIA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinte de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **HÉCTOR VINICIO HERNÁNDEZ ESCOBAR** , para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **JUAN FERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ**, CARNE NO. **9419186** Intitulado: **“FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE CHEQUE EN GUATEMALA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.

LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CEHR/iyc





Lic. Héctor Vinicio Hernández Escobar

Abogado y Notario

2 Av. 5-54 Zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel. 4269-4924



Guatemala, 28 de junio 2012

Señor Jefe:
De la Unidad de Tesis
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

En atención al nombramiento de fecha veinte de junio del año en curso, en donde se me designa como REVISOR de tesis, del estudiante JUAN FERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ, respecto a su trabajo de tesis intitulado "FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE CHEQUE EN GUATEMALA", con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir dictamen respectivo:

- A. El contenido científico y técnico de la investigación realizada en el campo del derecho mercantil, resulta importante tomando en cuenta que la actividad bancaria genera trabajo y fortalece la economía guatemalteca, sin embargo, algunas actividades desarrolladas no tienen hasta la presente fecha regulación específica, por lo que el estudio presenta una propuesta viable para ser tomando en consideración en el Código de Comercio guatemalteco.
- B. Con respecto a la metodología y técnicas utilizadas, éstas se determinan en el contenido íntegro de la investigación, ya que el aporte que representa el método analítico es fundamental tomando en cuenta que la información requirió análisis principalmente de índole jurídico y bancario para seleccionar los temas que se desarrollan en el informe de la misma. En cuanto a la técnica la más recomendable fue la bibliográfica, por la diversidad de autores nacionales y extranjeros existente en materia mercantil.
- C. Con respecto a la redacción el revisor hace referencia a que el alumno utilizó en cuanto a la redacción ortografía y puntuación las bases y directrices establecidos por la Real Academia Española.
- D. La contribución científica, que en forma integral presenta el estudiante en la presente investigación es un gran aporte, para la actividad mercantil, bancaria



Lic. Héctor Vinicio Hernández Escobar

Abogado y Notario

2 Av. 5-54 Zona 1, Ciudad de Guatemala


Tel. 4269-4924

y comercial en Guatemala, principalmente en lo relativo al contrato de cheque que es de gran uso y de escasa regulación, por lo que se analiza el problema y se plantea la solución como lo es la necesaria regulación de dicha relación contractual en Guatemala.

- E. Las conclusiones y recomendaciones, son afines al contenido íntegro de cada uno de los capítulos y para el efecto se consideran de gran utilidad en la investigación.
- F. La bibliografía utilizada, se considera que fue la más oportuna estableciendo, que en materia de derecho mercantil hay abundantes textos de autores nacionales y extranjeros mismos que se encuentran en el apartado correspondiente de la presente investigación jurídica.

Por lo que considero que cumple con los requisitos, que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo anteriormente indicado procedo a emitir el presente dictamen de revisor en forma FAVORABLE, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Sin otro particular me suscribo de usted,



Lic. Héctor Vinicio Hernández Escobar
Abogado y Notario
Colegiado 5457

Héctor Vinicio Hernández Escobar
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JUAN FERNANDO GÓMEZ GONZÁLEZ, titulado FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTRATO DE CHEQUE EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.

A handwritten signature in blue ink.

A handwritten signature in blue ink next to a circular stamp. The stamp contains the text 'FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, C.A.' and 'DECANATO' in the center.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

A handwritten signature in blue ink.

A circular stamp with the text 'FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, C.A.' and 'SECRETARIA' in the center.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser la simplicidad divina, la existencia eterna y necesaria para poder vivir y darme la oportunidad de compartir los triunfos alcanzados.
- A MI MADRE:** Por tener la ternura de crear, la paciencia de orientar; y la sabiduría de corregir, por sacrificarse por mí.
- A MI PADRE:** Por ser ejemplo de esfuerzo y de perseverancia, por enseñarme a ser correcto y defender lo justo, por ser fuerte hasta el último segundo de su existencia.
- A MI ESPOSA:** Por ser el motor que me impulsa a vivir día a día y recalcar que el amor es la fuerza de dos para vivir por un objetivo en común.
- A MI HIJA:** Por haberme dado la oportunidad de descubrir el lazo invisible que une las mil emociones de ser papá y tener la responsabilidad de ser ejemplo para toda la vida.
- A MIS HERMANOS:** Por haber compartido los años de infancia que marcaron la madurez necesaria que nos impulsó a cada uno a ser lo que hoy en día somos.



**A MIS CUÑADAS
Y CUÑADOS:**

Por unirse al proyecto de ser una gran familia con diferentes apellidos pero con un solo corazón.

**A MIS SOBRINAS
Y SOBRINOS:**

Por permitirme ser consejero y amigo.

A MIS AMIGOS:

Por ser el tesoro valioso que nunca se devalúa, y ser esa virtud alegórica presente en todo momento de la vida.

EN ESPECIAL:

A mi abuelita, tías, tíos, primas y primos; por ser apoyo en todos los momentos recorridos de mi vida.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tres veces centenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme ser fruto de la educación superior de nuestro país.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico mercantil	1
1.1. Origen	2
1.2. Elementos	6
1.3. Principios del negocio jurídico mercantil	8
1.4. Interpretación	10
1.5. Clasificación de los contratos mercantiles	11
1.5.1. Clases de contratos mercantiles	13

CAPÍTULO II

2. La actividad bancaria	23
2.1. Aspecto histórico	24
2.1.1. Antecedente histórico en Guatemala	27
2.2. Definición	30
2.3. Naturaleza jurídica	31
2.4. Tipos de operaciones bancarias	33
2.5. Clasificación de los bancos	37
2.5.1. Según el origen del capital	37
2.5.2. Según el tipo de operación	38



Pág.

2.5.3. Operaciones que realizan los bancos	42
--	----

CAPÍTULO III

3. El cheque	47
3.1. Referencia histórica	48
3.2. Concepto	52
3.3. Naturaleza jurídica	54
3.4. Requisitos legales	57
3.4.1. Requisitos personales	58
3.4.2. Requisitos reales	59
3.4.3. Requisitos formales	59
3.5. Creación y forma del cheque	60
3.5.1. Cheque a la orden	60
3.5.2. Cheque al portador	61
3.5.3. Cheque no negociable	62
3.6. Presentación y pago del cheque	64
3.6.1. De la forma	64
3.6.2. Del tiempo	65
3.6.3. Del modo	66
3.6.4. Del lugar	67
3.6.5. Del vencimiento	68



CAPÍTULO IV

4. Falta de regulación específica del contrato de cheque en Guatemala	69
4.1. El contrato de cheque	69
4.2. Derechos y obligaciones derivadas del contrato de cheque	71
4.2.1. Derechos y obligaciones del banco	71
4.2.2. Derechos y obligaciones del cliente o librador	73
4.2.3. Otras cláusulas y condiciones del contrato de cheque en instituciones bancarias	74
4.2.4. Formas de contratación	76
4.2.5. Derecho comparado	77
4.3. Características del contrato de cheque	82
4.4. Proyecto de reforma	84
4.5. Implementación	86
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	91



INTRODUCCIÓN

En este estudio se pretende dar a conocer una práctica constante en la actividad bancaria en Guatemala, es la celebración del contrato de cheque entre una persona individual o jurídica y una institución bancaria legalmente autorizada, sin estar previamente regulada en la legislación mercantil guatemalteca.

En base a lo antes expuesto, la hipótesis se planteó de la siguiente manera: El ordenamiento jurídico mercantil guatemalteco, contenido en el Código de Comercio regulado en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, no regula una definición legal, las características, la forma, el modelo, ni los derechos y obligaciones de los contratantes con respecto al contrato de cheque, por lo que se hace necesaria una reforma al Código de Comercio antes descrito, específicamente en el libro cuatro, con respecto a la inclusión del contrato de cheque, como una forma de facilitar la comprensión e interpretación jurídica de toda persona individual o jurídica, que celebre un contrato de cheque con una institución bancaria, conozca la regulación legal y pueda ser asistida por un profesional del derecho en caso de presentarse un problema con la institución bancaria contratante.

Los objetivos de la investigación fueron: Desarrollar una investigación amplia del cheque y determinar la necesidad de incorporar en el Código de Comercio de Guatemala, especialmente en la contratación mercantil, el contrato de cheque, para establecer el marco jurídico necesario, ya que en la actualidad existe plena libertad que las instituciones bancarias lo celebren de acuerdo con sus propios intereses y, sobre todo, por la falta de regulación legal, la persona individual o jurídica que lo celebra desconoce



sus derechos y obligaciones, así como aportar un estudio crítico de la importancia que tiene el cheque como instrumento de pago y la necesidad de regular el contrato en el Código de Comercio guatemalteco.

Esta tesis se divide en cuatro capítulos, los que se describen a continuación: El primero se refiere al negocio jurídico mercantil, al origen, los elementos, los principios del negocio jurídico mercantil, la interpretación y la clasificación de los contratos mercantiles; el segundo contiene la actividad bancaria, el aspecto histórico, las definiciones, la naturaleza jurídica, los tipos de operaciones bancarias, y la clasificación de los bancos; en el tercero se hace referencia al cheque, la historia, los conceptos, la naturaleza jurídica, los requisitos legales, la creación y forma del cheque, y la presentación y el pago de cheques; el cuarto capítulo trata la falta de regulación específica del contrato de cheque, derechos y obligaciones derivadas del cheque, características, el proyecto de reforma y la implementación del contrato de cheque.

En la elaboración de este estudio mercantil, se empleó el método inductivo, el que se utilizó analizando la doctrina existente con relación al cheque; el inductivo y deductivo; los métodos analítico y sintético, se analizaron por separado aspectos importantes del contrato mercantil de cheque y su aplicación en Guatemala; también se utilizó el método comparativo. Dentro de las principales técnicas se aplicaron las bibliográficas, para la recopilación de documentos relacionados al tema en libros de texto, disposiciones legales, tanto de autores nacionales como de extranjeros, así como el uso de tecnología de internet.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico mercantil

El negocio jurídico mercantil es "todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derecho y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado."¹

Acto en virtud del cual, "el comerciante en su actividad profesional regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al cual el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo."²

De conformidad con las anteriores definiciones, puedo indicar que el negocio jurídico mercantil, es todo acto que realiza un comerciante en su relación ya sea con otros comerciantes, o con personas particulares que participan en las actividades propias del comercio y del derecho mercantil.

Aunque el Código de Comercio de Guatemala, no presenta ninguna definición de negocio jurídico mercantil, analizando las disposiciones del código civil y tomando en consideración que las estipulaciones del mismo deben aplicarse en forma supletoria al derecho mercantil puedo apuntar que el negocio jurídico, comprende lo relativo a los preceptos generales aplicables a todas las obligaciones y cuya piedra angular la constituye la declaración de voluntad, la cual debe ser plenamente válida.

¹Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Pág. 4.

²**Ibid.**



En otras palabras de acuerdo con la legislación guatemalteca, el negocio jurídico mercantil, se refiere a todo lo relativo a las obligaciones de carácter comercial, en las cuales toma un papel importante la declaración de voluntad de las personas que en ellas intervienen.

1.1. Origen

La doctrina del negocio jurídico no se halla expresamente formulada en las fuentes romanas. "Necesitados como estaban los romanos de crear un derecho apto para satisfacer sus múltiples necesidades jurídicas, en un momento histórico en que sojuzgaron al mundo de aquellos tiempos, no podían detenerse a meditar sobre todas las cuestiones que implica un sistema o doctrina general del ordenamiento jurídico privado. Sólo les interesaban los aspectos concretos de la vida jurídica. Se puede admitir que en la época clásica se tuvo conciencia del negocio jurídico, pero no fue elaborada su doctrina general como hoy se ha hecho. Estos conceptos previos y condicionantes comprendidos dentro de la misma no fueron objeto de los juristas clásicos, atendidos como estaban a la magna labor de crear un Derecho Positivo. El negocio jurídico en las condiciones anotadas para aquellos tiempos, jamás recibió un análisis intrínseco que permitiera un conocimiento más detallado de sus estructuras y elementos, así como de sus fines y posibles modificaciones."³

El Derecho Romano armonizó la teoría y la práctica, los principios y la realidad, lo cual les valió la dirección de la vida jurídica hasta nuestra época, a pesar de los milenios

³ Delgado Mottoá, Beatriz. **De los negocios jurídicos**. Pág. 14

transcurridos. Los romanos, contemplando las infinitas variedades de los hechos que se presentaban en la vida social, encontraron siempre la norma adecuada y una solución que estimaron justa. Estos fueron algunos de los méritos más relevantes de los juristas que vivieron en la Edad de Oro de la jurisprudencia romana. Después, en el período post – clásico y justiniano, aunque el Derecho cesó de crearse de modo tan espléndido como en tiempos anteriores, recurriéndose a la recopilación y a la síntesis, tampoco se elevaron a las nociones que integran una doctrina del negocio jurídico propiamente dicho. En los siglos XVIII y XIX se encontró una elaboración sistemática del Derecho Privado, así por ejemplo, en la escuela de los pandectistas alemanes 13 les estaba reservada la tarea de crear una doctrina conscientemente formulada del negocio jurídico. Las repetidas elaboraciones y reelaboraciones que se hicieron del Derecho Romano a través de la Edad Media y de la Edad Moderna, con criterios y métodos diversos, debían culminar necesariamente en un sistema. “Este merito le cabe a los juristas alemanes del siglo XIX y, por ello, el Código germano se caracteriza y distingue de los demás por su carácter científico y por su técnica perfecta, considerándose como el producto más valioso de la ciencia jurídica en ese siglo de intensa renovación espiritual.”⁴

La época actual donde filósofos, juristas y sociólogos han contribuido a crear una teoría fundamental del Derecho, permite observar claramente un progreso jurídico extraordinario. El concepto universal del Derecho, la relación jurídica, el derecho subjetivo y la norma, deben contener en su estructura o cuerpo la figura del negocio jurídico con miras a una codificación y además con una tendencia continua a su estudio y

⁴Ibid. Pág. 15

construcción, buscando la mayor claridad posible sin apartarse de la realidad social y económica para poder aplicarse de manera eficaz y que genere efectos de oponibilidad.

Los textos romanos presentaron soluciones prácticas y principios de aplicación positiva, aunque no teorías ni sistemas. Pero esto no es óbice para que, tomando como base esas soluciones y generalizaciones muy frecuentemente formuladas con independencia de las instituciones, puedan servirnos de fundamento a nuestros propósitos en la elaboración de una propuesta que sirva de marco introductorio al presente ensayo, el cual pretende relacionar los principios procesales de celeridad y eficacia con el negocio jurídico y el papel del Juez. Esta idea así concebida, tendrá que ser objeto de discusión en cuanto a su utilidad en relación con la enseñanza del Derecho, su factibilidad aplicativa en la actividad judicial pero, para el grupo de investigación Hernando Devis Echandia citado por la Doctora Beatriz Delgado Mottoa “La tarea es de doble vía, puesto que si bien se trabaja en pro del objetivo de la investigación, de la alta calidad, la actualización, el quehacer académico y pedagógico de la facultad de derecho, también se trabaja en pro del mejoramiento y aplicación del derecho buscando su eficacia y celeridad, mediante la disminución de las moras, las dilaciones innecesarias, los altos costos del proceso y el desgaste del aparato de justicia.”⁵

Al respecto, los romanos no definieron el negocio jurídico, pero es posible construir con base en sus principios, una definición: “Es una declaración de la voluntad individual en el orden privado reconocido por el Derecho como apta para producir un resultado jurídico. Su elemento esencial es la voluntad, siempre y cuando se manifieste o exteriorice. A la

⁵Ibid. Pág. 17



voluntad interna no puede reconocerse esta eficacia jurídica, pues de lo contrario se le privaría al Derecho de uno de sus efectos o consecuencias más importantes: como es la seguridad o certeza jurídica.”⁶

El derecho se pone en circulación a consecuencia de la voluntad manifestada, pero independiente de ella surgen consecuencias jurídicas que muchas veces ni de forma remota pensaron los sujetos de la relación jurídica que llegarían a suceder. Como ejemplo de esta afirmación se puede citar el de un representante legal de una asociación que acepta una donación irrevocable por una cuantía exorbitante, desconociendo las atribuciones estatutarias de informar a la Junta Directiva de la misma para la aceptación. Este simple acto por parte del presidente de esa asociación al manifestar su voluntad de aceptar el acto jurídico, habrá de desencadenar para la asociación y aun para él como persona natural una cadena de consecuencias jurídicas que él al momento de aceptar la donación nunca pensó que pudiesen producirse.

En el Derecho Romano el primer requisito es la declaración de voluntad exteriorizada a tal punto que Ulpiano refiere la siguiente máxima: “cogitatione nemo penam patitur”, o sea nadie se perjudica por su pensamiento. Tales elementos son:

a) Que el objeto reporte un interés y aquel sea posible y lícito: El objeto del acto jurídico debe reportar un interés, pues de lo contrario el derecho no lo sancionaría. Los romanos en este sentido establecieron que sin utilidad para alguna de las partes el acto era nulo.

⁶Ibid. Pág. 17

Esto puede observarse en materia de constitución de servidumbres. La licitud del objeto es natural que se exija, pues el derecho no puede amparar nada que sea inmoral o ilícito.

La posibilidad del objeto está relacionada con su existencia tanto física como jurídica. Por ejemplo, Si convenimos la entrega de una cosa que no puede realizarse físicamente no puede reconocérsele por el derecho validez a este pacto, debido a la inexistencia del objeto. Pero, además, hay imposibilidades jurídicas o sea, cuando existiendo físicamente el objeto sin embargo, el ordenamiento jurídico prohíbe que se celebren pactos sobre él.

b) La capacidad en el sujeto: La capacidad tanto de derecho como de hecho es una condición de carácter general a todos los actos jurídicos.

c) La atribución por el ordenamiento jurídico a esa declaración de resultados jurídicos: Constituye un elemento esencial, pues de lo contrario el derecho quedaría a merced del deseo humano, sin limitarle la intencionalidad y los efectos que esta tiene en la convivencia social.”⁷

1.2. Elementos

El análisis de la estructura del negocio jurídico permite descubrir la esencia de la figura, así como todo el entorno de la vida contractual que nace con ocasión del propio negocio jurídico.

⁷Ibid. Pág. 19

Se debe entender por elemento el fundamento, el móvil o parte integrante de una cosa, es decir, la parte integrante de un todo, por lo tanto, la falta de alguno de los elementos que integran el negocio jurídico podría ocasionar, inclusive, la inexistencia o bien la nulidad del mismo. Se distinguen, tanto en la doctrina como en la práctica, las siguientes clases de elementos:

- a) **Elementos esenciales.** Debe de observarse para la validez del negocio jurídico, ya que ejercitan una función integradora respecto de los supuestos de calidez del negocio jurídico, ya que sin ellos el negocio jurídico no existe, siendo no solo necesarios para su existencia sino también, imprescindibles para su validez. Sobre estos elementos no puede actuar la autonomía de la voluntad.
- b) **Elementos naturales.** Son aquéllos que acompañan normalmente al negocio jurídico, la ley presume su existencia. Es decir, que se consideran accesorios al negocio jurídico, aun cuando las partes no lo indiquen, éstos van incluidos dentro del negocio jurídico. Sobre estos si puede actuar la voluntad de las partes.
- c) **Elementos accidentales:** Son los elementos que introducen las partes por su propia voluntad en el negocio jurídico contractual, modificando el tipo abstracto del contrato, para ampliar, restringir o modificar parcialmente un negocio jurídico.
- d) **Elementos constitutivos:** Según la doctrina moderna, están integrados por los siguientes:



1. **Estructura:** determinada por la forma o figura externa del negocio.
2. **Contenido:** Constituye un precepto de autonomía de la voluntad privada de tipo concreto, social, vinculante y necesario para que el negocio cumpla con sumisión. La misión o efecto esencial del negocio jurídico es constituir, modificar o extinguir entre los particulares una relación o situación jurídica.
3. **Función:** Está configurada por la función económico-social que caracteriza a cada negocio jurídico y que debe responder tanto al interés de las partes, como a los intereses objetivos sociales considerados por el derecho como dignos de tutela.

1.3. Principios del negocio jurídico mercantil

Tanto las características como los principios deben ir de la mano para una correcta aplicación del derecho mercantil en las actividades comerciales, analizadas ya las características, corresponde ahora estudiar brevemente lo relativo a los principios, los cuales enumero a continuación:

- a) **Verdad sabida:** Se refiere a que las partes contratantes, tienen conocimiento de los derechos que les asisten y de las obligaciones que los vinculan al realizar actividades comerciales o mercantiles.
- b) **Buena fe guardada:** La buena fe guardada se entiende como la disposición de los contratantes de darle a los contratos, la interpretación y ejecución que realmente han establecido de mutuo acuerdo es decir de conformidad con su propia voluntad.



- c) **Toda prestación se presume onerosa:** Siendo que el derecho mercantil y el comercio en general, pretenden hacer de la actividad comercial una actividad que les permita a las personas que habitualmente se dedican a ello, proveerse de las ganancias necesarias para obtener un nivel de vida decoroso, es fácil entender que este principio establece que nada es gratis en el derecho mercantil, toda actividad en este ámbito implica que el comerciante debe cobrar por los productos o servicios que ofrece.
- d) **Intención de lucro:** Muy afín al anterior principio, el ánimo de lucro es obvio, la actividad comercial pretende obtener ganancias de los productos y servicios que ofrece; El comerciante ve atractiva su actividad gracias a que puede obtener de ella las ganancias necesarias para incrementar su patrimonio o por lo menos para mantener su presupuesto personal, en ese sentido el ánimo de lucro es absoluto; nadie podría producir para obtener solo lo invertido en esa producción, eso sería un total contrasentido.
- e) **Ante la duda debe favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación:** Debe buscarse los mecanismos que permitan la fluidez del tráfico mercantil; se trata de anular en la medida de lo posible los obstáculos que la actividad mercantil pueda encontrar en su desarrollo, garantizando al mismo tiempo seguridad al desarrollo del comercio, es decir, que debe intentarse dar un camino rápido y seguro al momento de encontrar problemas en la circulación de las mercancías.



1.4. Interpretación

El problema de la interpretación del negocio jurídico “no existía en el Derecho Romano respecto de los negocios formales en los que la declaración de voluntad debía hacerse observando determinada solemnidad, puesto que lo único que cabía era verificar la observancia ritual de la forma. La forma presuponia la voluntad y como ésta sólo podía emitirse mediante aquélla, no cabía la posibilidad de averiguar qué quiso decirse, menos aún por qué. La aparición y desarrollo de los negocios no formales incrementó la necesidad de interpretar el negocio para encontrar el verdadero sentido de la voluntad declarada. Sobre esto no existieron reglas fijas y la labor interpretativa osciló entre dar prioridad a las palabras (verba) o a la intención (voluntas), haciendo una interpretación literal o subjetiva, respectivamente.”⁸ Esta última conceptualización se ha incrementado a medida que la historia pasa, al punto que hoy podría afirmarse que la ritualidad ha pasado a un sub-plano en tanto que la verbalización y sobre todo la codificada, es casi la única que existe en el negocio jurídico, motivo por el cual la interpretación de los negocios toma hoy una inusitada importancia.

En la actualidad, las partes en un proceso y de manera principal el juez como director del mismo con una exquisita preparación debe asumir la interpretación de los negocios jurídicos, con una claridad de tal magnitud que no haya lugar, a que pueda ser distraído de la certeza procesal por él obtenida.

⁸Ibid. Pág. 20

1.5. Clasificación de los contratos mercantiles

Se incluye en esta clasificación, la clasificación de los contratos civiles regulados en el Código Civil, así como una clasificación económica que nos facilitará el estudio de los contratos mercantiles en particular.

- a) **Contratos unilaterales**, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; y son contratos bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente.

- b) **Contratos consensuales, reales y formales**. Contratos consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos; Los contratos son reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa; y los contratos son formales o solemnes, cuando la Ley señala una forma o solemnidad especial para que tenga validez, como el caso de los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los Registros, cualquiera que sea su valor deberán constar en escritura pública, y los contratos calificados como solemnes deberán constar en escritura pública, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez.

- c) **Contratos principales y accesorios**. Los contratos son principales, cuando subsisten por sí solos; y accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación, es decir, que presuponen la existencia de otro contrato o de una obligación principal a la que generalmente sirve de garantía.

- d) **Contratos onerosos y gratuitos.** Los contratos son onerosos, cuando estipulan provechos y gravámenes recíprocos para los contratantes; y los contratos son gratuitos, porque establece provecho para una sola de las partes.
- e) **Contratos conmutativos y aleatorios.** Los contratos onerosos se clasifican a su vez en conmutativos y aleatorios. Los Contratos Onerosos Conmutativos, aquellos en que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice, y los contratos son aleatorios, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.
- f) **Contratos condicionales y absolutos.** Son condicionales, los contratos cuya realización o cuya subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes; y Absolutos, aquellos cuya realización es independiente de toda condición.
- g) **Contratos de adhesión y de igual a igual.** Los contratos de Adhesión, son aquellos en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas, las normas y tarifas de estos negocios deben ser previamente aprobadas por el ejecutivo, para que pueda actuar la persona o empresa que hace la oferta, incurriendo en responsabilidad en caso contrario. Cuando la variación de las circunstancias en que fue autorizado un servicio de

carácter público y sean demasiado onerosas las normas y tarifas aceptadas, puede el Ministerio Público o el representante de la municipalidad respectiva, pedir la revisión de las condiciones impuestas. En los contratos de igual a igual las partes discuten libremente las condiciones o contenido del contrato.

- h) **Contratos instantáneos y de tracto sucesivo.** En los contratos instantáneos, las prestaciones que se deben las partes se ejecutan inmediatamente, en un solo momento; y en los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones se van repitiendo a intervalos de tiempo, es decir, que las prestaciones de una o de las dos partes contratantes, son de cumplimiento reiterado o continuo.
- i) **Contratos típicos y atípicos.** El contrato es típico, cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales aparece en el listado de la Ley. Los contratos atípicos, son aquellos que no están regulados ni denominados por la Ley.
- j) El principio de la autonomía privada permite a los interesados prescindir en lo absoluto de los moldes legales, o modificarlos o crear nuevas figuras contractuales.
- k) Contratos de cambio, de colaboración de conservación o custodia, de crédito, de prevención de riesgo y de garantía.

1.5.1. Clase de contratos mercantiles

1. **Compraventa mercantil:** Es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil al comprador, cuya obligación es pagar el precio. Las características son:



- a) Que es un contrato bilateral;
- b) Oneroso;
- c) Conmutativo;
- d) Consensual;
- e) Principal; y
- f) Traslativo de dominio.

Los elementos de la compraventa mercantil son: El vendedor y el comprador, que son los elementos personales; y, la cosa y el precio, que son los elementos reales; la forma o tipo de contrato utilizado que variará por cuantas figuras existan en el tráfico del comercio, que es el elemento formal.

Modalidades de compraventa mercantil:

1. Contrato de suministros. Por el contrato de suministros, una parte, llamada suministrante, se obliga mediante un precio, a realizar en favor de otra, llamado suministrado, una serie de prestaciones periódicas y continuas de mercaderías o servicios. Regulado en el Artículo 707 Código de Comercio. Las obligaciones y derechos de las partes son: La entrega de las cosas muebles o de los servicios que puede hacerse en prestaciones periódicas o continuas especificadas en un mínimo o un máximo de cantidad es la obligación del vendedor (suministrante); el pago del precio en la forma, lugar y fecha convenida, es el cumplimiento de la obligación por parte del comprador (suministrado).

2. Contrato estimatorio: El contrato estimatorio es aquél por medio del cual un sujeto, llamado consignante, entrega a otro, llamado consignatario, mercaderías a un precio estimado, para que en un plazo fijado se pague dicho precio o bien se devuelvan las mercaderías. Las obligaciones y derechos de las partes son:

- a) El consignatario en ningún momento se puede liberar de la obligación de pagar el precio de lo que no pueda restituir, aunque las causas no le sean imputables.
- b) El consignatario tiene disposición de los bienes consignados, pero no pueden ser perseguidos por sus acreedores; o sea que están dentro de su esfera patrimonial, pero en forma limitada.
- c) El consignante no tiene poder de disposición sobre las cosas consignadas.

3. Contrato de participación: Por el contrato de participación un comerciante denominado "gestor" se obliga a compartir con una o varias personas llamadas "partícipes", que le entregan bienes o servicios, las utilidades o las pérdidas que produzca su empresa como consecuencia de parte o la totalidad de sus negocios. Es conveniente apuntar, que en el plano subjetivo, su característica principal es la presencia de un inversionista que pone su capital en manos de un comerciante, sin tener ningún vínculo con los terceros que entran en relaciones jurídicas que, indirectamente, se originan en la participación. Por esto a la relación que se da entre los sujetos de la participación se le considera una sociedad oculta. Las obligaciones y derechos de las partes son:

a) El contrato de participación crea una relación sólo entre el gestor con el partícipe que no afecta a terceros.

b) Frente a la actividad mercantil, el gestor actúa en nombre propio, sin comprometer al partícipe. Los derechos y obligaciones de las partes están contenidos en el contrato, y la ley nos remite para establecer lo relativo a la distribución de utilidades y las pérdidas entre el gestor y partícipe, a la regla contenida en el Artículo 33 del Código de Comercio, y a las reglas de la sociedad colectiva, en caso de falta de previsión contractual, según el Artículo 865 de dicha ley.

4. Contrato de depósito mercantil. El depósito, considerado como la prestación de un servicio, es un contrato por medio del cual el sujeto depositario recibe una cosa que le confía el depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando se le requiera.

5. Apertura de crédito: Por el contrato de apertura de crédito, un sujeto denominado acreditante se obliga frente a otro llamado acreditado, a poner a su disposición una suma de dinero o a contraer obligaciones por cuenta del acreditado; éste a su vez, se obliga a restituir las sumas que hubiere dispuesto o las que se hubieren pagado por su cuenta, más gastos, comisiones e interés que resulten a su cargo. Este contrato se rige por los Artículos 718 al 729 del Código de Comercio.

6. Contrato de descuento: Cuando se estudia la letra de cambio, se aprecia que una de las funciones de dicho título de crédito es la de facilitar las operaciones de descuento y redescuento. Si una persona tiene a su favor una letra de cambio cuyo vencimiento

está previsto dentro de un plazo determinado o determinable, tiene que esperar su transcurso para poder tener en sus manos el dinero que el título representa. No obstante, puede optar por recurrir a un banco, por ejemplo, entregarle el título y obtener el dinero por él representado, menos una suma que se descuenta y que constituye la ganancia de quien facilita la negociación. Vemos entonces, que de la operatividad de la relación ha surgido el nombre del contrato. Ahora bien, el descuento no desarrolla su acción únicamente con créditos contenidos en letras de cambio, sino con cualquier otro que no esté vencido y aunque no conste en un título de crédito. Su función es, pues, que el titular de un crédito pueda hacerlo efectivo en el presente, para invertir los fondos en otras negociaciones. Regulado en los Artículos del 729 al 733 del Código de Comercio.

7. **Contrato de cuenta corriente:** Por el contrato de cuenta corriente mercantil, las partes, denominadas en común cuentacorrentistas, se obligan a entregarse remesas recíprocas de bienes de diversa naturaleza, cuyo valor dinerario constituyen partidas de abono o cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, saldándose las operaciones al cierre de contrato para determinar quién es el sujeto deudor de la relación y exigirle el pago en los términos convenidos. Regulado en el Artículos 734 al 743 del Código de Comercio.
8. **Contrato de reporto:** Por el contrato de reporto, una parte, llamada reportado, transfiere a la otra llamada reportador, la propiedad de títulos de crédito, obligándose este último a devolver al primero otros títulos de la misma especie dentro del plazo pactado y contra reembolso del precio de los títulos, el que podrá ser aumentado o



disminuido según se haya convenido. Regulado en los Artículos del 744 al 749 del Código de Comercio.

9. Contrato cartas órdenes de crédito: La carta-orden de crédito es un contrato que se formaliza en un documento denominado "Cartas-orden de crédito", por medio del cual quien lo expide -dador- se dirige a un destinatario, ordenándole la entrega de una suma de dinero a la persona que en el mismo se indica y a quien le llamaremos tomador o beneficiario Regulado en los Artículos 570 al 576 del Código de Comercio.

10. Tarjeta de crédito: La tarjeta de crédito surge de un contrato, por el cual el comerciante que extiende el documento se compromete a pagar, hasta una suma determinada, las compras al crédito que el titular de la tarjeta haga con los comerciantes afiliados al sujeto que extiende la tarjeta. Es un contrato formal caracterizado como típico, oneroso, de tracto sucesivo y formal.

11. Crédito documentario: Por el contrato de crédito documentario un sujeto llamado acreditante, se obliga frente a otro llamado acreditado, a pagar o contraer una obligación por cuenta de éste y en beneficio de un tercero beneficiario, de acuerdo con los requerimientos del propio acreditado.

12. El fideicomiso: El fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Regulado en los Artículos 766 y 793 Código de Comercio.

- 13. Contrato de transporte:** Es un contrato por el cual una persona, llamada “porteador, se obliga, por un precio, a conducir personas o cosas de un lugar a otro. Regulado en los Artículos 794 y 795 del Código de Comercio.
- 14. Contrato de edición:** Por el contrato de edición el titular de un derecho de autor sobre una obra literaria, científica o artística, se obliga a entregarla a un editor para que la reproduzca y difunda. Regulado en los Artículos 824 al 851 del Código de Comercio.
- 15. Contrato de reproducción:** Por este contrato el titular de un derecho de autor que haya celebrado un contrato de edición, está facultado para reproducir la obra por un medio diferente a la que se convino en el de edición.
- 16. Contrato de ejecución de obras:** El contrato de ejecución de una obra es aquél por el que un editor, contrata con un autor la ejecución de una obra -que le ejecute una obra artística, científica o literaria- a cambio de una retribución.
- 17. Contrato de difusión:** Por el contrato de difusión el propietario, gerente, director o titular de una empresa dedicada a la radio, la televisión, la cinematografía o la grabación, conviene con el autor de una obra científica, literaria, artística o de cualquier índole, a que ésta sea difundida por los medios que se convengan.
- 18. Contrato de representación escénica:** Por el contrato de representación escénica o teatral, el propietario, gerente, director o titular de una empresa dedicada a la radio, la televisión, la cinematografía, el teatro o la escena u otros medios de reproducción,

convienen con el autor de una obra de carácter científico, artístico o literario, para que ésta sea representada por el medio o medios que se convengan.

19. Contrato de hospedaje: De acuerdo con lo que estipula el Artículo 866 del Código de comercio, se afirma que existe contrato de hospedaje cuando una persona da albergue a otra mediante una retribución, comprendiéndose o no la alimentación. De la ley guatemalteca se desprende la presencia de una empresa mercantil para la prestación del servicio, con lo cual caracteriza la ubicación mercantil del contrato. Estas empresas no se pueden organizar si no es llenando requisitos de orden administrativo, sobre todo los que exige la autoridad encargada de fomentar el turismo en el país.

20. Contrato de seguro: Es un contrato por el cual una empresa se obliga a pagar determinada suma cuando ocurra un evento fortuito, mediante una prima, calculada según la probabilidad de que el evento suceda.

21. Contrato de reaseguro: El reaseguro es un contrato por el cual el asegurador traslada al reasegurador todo o parte de su propio riesgo. Regulado en los Artículos 1020 al 1023 del Código de Comercio.

22. Contrato de cesión de cartera: El contrato de cesión de cartera se da cuando una aseguradora cede a otra el conjunto de los contratos de seguro de uno o varios ramos en que opera. Constituye una substitución del sujeto asegurador y se encuentra previsto en el Artículo 45 de la Ley de Constitución y Organización de Empresas de



Seguros, Decreto Ley 473. Se requiere escritura pública y autorización de la Superintendencia de Bancos.

23. Contrato de fianza: Contrato de fianza mercantil es aquél en el que una afianzadora se compromete a responder de las obligaciones de otra persona, conforme las normas y tarifas que dicta la Superintendencia de Bancos.

24. Contrato de reafianzamiento: Por este contrato una afianzadora se obliga a pagar a otra, según los términos de dicho contrato, las sumas que ésta haya pagado al acreedor del contrato de fianza reafianzado. La reafianzadora paga, se subroga en los derechos que la parte reafianzada tenga en contra de sus fiados o contra fiadores.





CAPÍTULO II

2. La actividad bancaria

Se considera actividad bancaria a “todas las actividades y procesos que tienen lugar en un banco o entidad financiera a los efectos de administrar y prestar dinero.”⁹

Un banco es una institución financiera que tiene el propósito social y económico de administrar, prestar y realizar otras operaciones con dinero. Un banco es a menudo una institución privada, pero también puede considerarse al Banco Central de una economía nacional en este conjunto de instituciones. Es decir, que hay bancos privados, públicos, mixtos, corrientes, especializados, de emisión, Centrales y de segundo piso.

Se llama sistema bancario al grupo de entidades que en una economía o sociedad ejecutan las actividades consideradas bancarias. Dentro de las actividades bancarias pasivas se consideran a aquellas por medio de las cuales el banco recibe, recolecta u obtiene dinero por parte de individuos o empresas. Producto de estas operaciones pasivas tienen lugar la apertura de depósitos como cuentas corrientes, cuenta o caja de ahorros y plazo fijo, todas ellas con distintas características al interés del cliente. Estas actividades bancarias se consideran de captación.

Por el contrario, en las actividades bancarias también existen las activas. Ellas son las que suponen la colocación de dinero en el mercado, ya sea a través de la generación de

⁹**Definición de actividad bancaria.** <http://www.definicionabc.com/economia/actividad-bancaria.php>



nuevo dinero a partir del dinero recibido o a través de otros recursos, y así pueden otorgar créditos y préstamos bajo distintas condiciones a aquel individuo o empresa que lo solicite. Esta actividad supone el ingreso de ganancias para el banco, ya que todas ellas contemplan el cobro de intereses.

Todas las actividades bancarias en una economía dada afectan su curso, la cotización de los valores y son interdependientes del devenir bursátil y del mercado en la sociedad. Es decir, que las operaciones de producción, intercambio y consumo de productos, bienes y servicios también son causa y consecuencia de lo que ocurre en las actividades bancarias.

2.1. Aspecto histórico

Hay registros existentes de préstamos en Babilonia durante el Siglo XVIII a. C., realizados por sacerdotes del templo a los comerciantes. Los trapezistas eran los banqueros en la antigua Grecia. Trapeza era la mesa detrás de la que estaban en las tiendas, a veces destinadas a otro tipo de actividad comercial, pero muy a menudo a las transacciones bancarias. Los bancos más importantes seguían siendo sin embargo los grandes templos, donde los sacerdotes hacían fructificar el dinero que recibían en depósito de acuerdo a los préstamos concedidos a los particulares y a las ciudades. Pythius de Lidia, en Asia Menor, a principios del Siglo V a. C., fue el primer banquero individual del cual hay registros. Muchos de los banqueros de las ciudades-estado griegas eran "metecos" o residentes extranjeros. Alrededor de 371 a. C., Pasión, un esclavo, se convirtió en el banquero más rico y más famoso de Grecia.

Hay prueba de que este tipo de operaciones posiblemente se efectuaban en tiempos de Abrahám, pues los antiguos sumerios de las llanuras de Sinar tenían “un sistema singularmente complejo de prestar y recibir préstamos, mantener dinero en depósito y proporcionar cartas de crédito.”¹⁰ En Babilonia, como más tarde en Grecia, la actividad bancaria se centró alrededor de los templos religiosos, cuya naturaleza sacrosanta suponía una seguridad contra los ladrones.

Los bancos en la época romana no funcionaban como los modernos. La mayoría de las actividades bancarias se llevaron a cabo por particulares y no por instituciones. Las grandes inversiones fueron financiadas por los faeneratores, mientras que quienes trabajaban profesionalmente en el negocio del dinero y el crédito eran conocidos por varios nombres, tales como argentarii (banquero), nummularii (cambista), y coactores (cobradores)

Durante el Siglo I “los bancos en Persia y otros territorios en el Imperio Sasánida emitieron letras de crédito conocidas como sakks. Se sabe que comerciantes musulmanes Karimi han utilizado el sistema de cheque o sakk desde la época del califato abasí bajo Harun al-Rashid. En el Siglo IX un empresario musulmán podía efectivo de la forma primitiva de cheque elaborado en China sobre las fuentes en Bagdad, una tradición que reforzado de manera significativa en los siglos XIII y XIV, durante el Imperio Mongol. De hecho, los fragmentos encontrados en la Geniza de El Cairo indican que en el siglo XII cheques muy similares a los nuestros estaban en uso, sólo que más pequeños para

¹⁰ Memoria de labores de julio a diciembre de 1946. Págs. 14

ahorrar costos en el papel. Contienen una cantidad que deba pagarse, de la orden de. La fecha y el nombre del emisor son igualmente evidentes.”¹¹

Ferias medievales comercio, tales como la de Hamburgo, contribuyeron al crecimiento de la banca de una manera curiosa: cambistas expedían documentos disponibles con otras ferias, a cambio de divisas. Estos documentos podían ser cobrados en otra feria en un país diferente o en una feria del futuro en el mismo lugar. Eran rescatables en una fecha futura, a menudo eran descontados por una cantidad comparable a una tasa de interés.

Comenzando alrededor de 1100, la necesidad de transferir grandes sumas de dinero para financiar las Cruzadas estimuló el resurgimiento de la banca en Europa occidental. En 1156, en Génova, se produjeron los primeros contratos de divisas conocidos. Dos hermanos tomaron prestadas 115 libras genovesas y acordaron reembolsar a los agentes del banco en Constantinopla la suma de 460 bezantes un mes después de su llegada a esa ciudad.

El primer banco moderno fue fundado en Génova, Italia en el año 1406, su nombre era *Banco di San Giorgio*. Los primeros bancos aparecieron en la época del renacimiento en ciudades como Venecia, Pisa, Florencia y Génova.

El nombre banco deriva de la palabra italiana “banco, escritorio, utilizada durante el Renacimiento por los banqueros judíos florentinos, quienes hacían sus transacciones sobre una mesa cubierta por un mantel verde.”¹²

¹¹ **Ibid.** Pág. 15

¹² **Ibid.** Pág. 17

Los integrantes de la Familia Fugger o Fúcares de Augsburgo, junto con los Welser fueron los banquero de los reyes de Carlos I y Felipe II de España. Tras el Asedio de Amberes, el centro financiero se trasladó a Ámsterdam hasta la Revolución Industrial. En 1609 fue fundado allí el banco Wisselbank Amsterdamsche. Oficinas bancarias estaban ubicadas por los centros de comercio, los mayores de los cuales fueron durante el siglo XVII los puertos de Ámsterdam, Londres y Hamburgo. Algunas personas podían participar en el *lucrativo comercio de las Indias Orientales mediante la compra de letras de crédito de los bancos.*

Durante los siglos XVIII y XIX se produjo un crecimiento masivo en la actividad bancaria. Los bancos jugaron un papel clave en el movimiento de monedas de oro y plata basado en papel moneda, canjeable por sus tenencias. Para la estabilidad económica general y como garantía para los clientes se hizo necesario durante el siglo XX el establecimiento de la regulación financiera en casi todos los países, para establecer las normas mínimas de la actividad bancaria y la competencia financiera y evitar o enfrentar las posibles quiebras bancarias, especialmente durante las crisis económicas.

Desde 1980 existen bancos éticos o sociales (ver: Banca social) siendo sus objetivo la financiación de proyectos sociales, ambientales y culturales rechazando cualquier tipo de especulación con dichos fondos.

2.1.1. Antecedente histórico en Guatemala

El origen de la banca en Guatemala se remonta al “año 1543, cuando se creó la Casa de Fundición, cuya función era fundir y marcar metales, de donde se originó el peso de oro

minas, (tepezcute) de calidad inferior, el peso duro de plata de 8 reales, y el tostón de 4 reales.”¹³

La primera Casa de Moneda se fundó en Guatemala en el último tercio del siglo XVIII, acuñando su primera moneda de 5 doblones en 1773. Con el traslado de la capital de Santiago de los Caballeros de Guatemala al Valle de la Ermita, la proclamación de la independencia el 15 de septiembre de 1821 y la posterior integración de la Federación Centroamericana; se produjo una confusión monetaria, circulando al mismo tiempo monedas nacionales y extranjeras, exportándose las de buena ley y permaneciendo solamente las inferiores mexicanas y peruanas que llamaban macacos.

Durante la segunda mitad del siglo XIX el desarrollo del comercio exterior permitió restaurar la Casa de Moneda y aumentar notablemente las acuñaciones de oro y plata mediante la desmonetización y reacuñación de la moneda local y extranjera, y la explotación más intensa de las minas. Adicionalmente se obtuvo un empréstito de Inglaterra que, al recibirse en lingotes de oro y plata de 900 milésimos de fino, permitió fabricar monedas ajustadas a las circunstancias.

En “los últimos años del siglo XIX se dio una disminución en el mercado de los principales productos de exportación, asimismo, se presentaron algunos problemas políticos, lo cual tuvo como consecuencia una escasez de fondos, Esto ocasionó la casi total paralización de la Casa de Moneda, con el consiguiente desorden monetario. Bajo este contexto nacen y fracasan dos proyectos particulares de bancos emisores y sólo el proyecto oficial

¹³Ibid. Pág. 19

del 27 de agosto de 1873 de consolidación de bienes “de manos muertas” dio origen al Banco Agrícola Hipotecario, el cual tenía como fin facilitar dinero a los agricultores, este banco posteriormente se transformó en el Banco Nacional de Guatemala de emisión y descuento, el cual se fundó con dos millones de pesos de capital y autorizado para emitir billetes al portador hasta por una cantidad igual a sus existencias en metálico y en documentos en cartera a no más de tres meses. Este banco fue liquidado en 1877, al no poder cumplir sus compromisos en virtud de la intensa demanda de cambio de billetes por metálico.”¹⁴

Luego de esta experiencia surgieron bancos autorizados para emitir billetes hasta por la cantidad de metálico en sus cajas, más el monto de documentos en cartera de corto plazo.

En noviembre de 1924 se creó la Ley Monetaria y de Conversión, cuyos objetivos fueron fijar una moneda de tipo estable, patrón oro y convertir los billetes de banco en moneda sana. La nueva unidad fue el Quetzal dividido en cien centavos, de igual valor que el dólar americano, y equivalente a 60 pesos del sistema monetario antiguo. En 1926 se creó el Banco Central de Guatemala como único emisor, el cual se encargó de redimir los billetes de los antiguos bancos de emisión, los cuales quedaron retirados definitivamente de la circulación en 1933, también se recogieron las antiguas monedas de plata y cobre, cambiándolas por las del nuevo tipo acuñadas en Londres. Todo ello restableció definitivamente el orden monetario y bancario en Guatemala.

¹⁴**Ibid.** Pág. 20



En el año de 1946 derivado de las reformas a la Ley Monetaria se instituyó el Banco de Guatemala, dando comienzo sus actividades el 1 de julio de 1946 con carácter descentralizado y autónomo, la finalidad de darle autonomía fue el asegurar y no entorpecer el desarrollo de su labor, la cual va encaminada a promover el crecimiento ordenado de la economía nacional, siendo el encargado de velar por las políticas cambiarias, monetarias y crediticias del país.

Derivado de la modernización financiera del año 2002, se emitió una nueva Ley Orgánica del Banco de Guatemala, con la cual se moderniza la gestión y administración del Banco Central y se armoniza con las funciones de los demás integrantes del sistema financiero nacional.

2.2 Definición

El Decreto número 19-2002, del Congreso de la República de Guatemala Ley de Bancos y Grupos Financieros, en su Artículo 3, establece que los bancos autorizados conforme esta ley podrán actuar como una Institución intermediaria en el mercado financiero y realizar en forma habitual actividades que consisten en captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolas al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.



El tratadista Guillermo Cabanellas lo define como: “establecimientos que se encargan de concentrar y regular las operaciones de crédito. En derecho constituyen generalmente sociedades anónimas dedicadas a realizar las múltiples operaciones comerciales originadas por el dinero y los títulos que los representa, considerados como mercancías. Configuran, por tanto entidades mercantiles que comercian con el dinero intermediando entre la oferta y la demanda de fondos.”¹⁵

2.3 Naturaleza jurídica

En lo que va del presente siglo, ha habido dos reformas trascendentes en la vida económica y bancaria en Guatemala. “La primera reforma de 1924 a 1926 en la que con el objeto de rehacer y estabilizar la moneda guatemalteca, se cancelaran las convecciones dadas a varios bancos para convertir papel moneda inconvertible y en vez de ello se creó el Banco Central de Guatemala, con el atributo de único emisor de moneda.”¹⁶

La otra reforma trascendental es la reforma de 1945 en la cual “el objeto era apartarse de la rigidez del sistema anterior, y promover una política monetaria y crediticia, acorde con la estructura de la economía nacional.”¹⁷

En la memoria del Banco de Guatemala de 1946 se indica que “el propósito era de adaptar al sistema monetario y bancario los postulados de una técnica moderna procurando estabilizar y facilitar el desarrollo del país.”¹⁸

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 46

¹⁶ Banco de Guatemala. Memoria de labores de julio a diciembre de 1946. Págs. 17-19

¹⁷ **Ibid.** Pág. 17

¹⁸ **Ibid.** Pág. 23

Así se concibió una reforma con una concepción unitaria, con la cual se pretendían los resultados siguientes:

- a) Un régimen monetario más flexible y funcional.
- b) Crear una institución central encargada de aplicar la política monetaria, cambiaria y crediticia.
- c) Asegurar los intereses de los depositantes por medio del establecimiento de limitación y reglas propias a los bancos.¹⁹

Con la reforma de 1945 se creó el nuevo banco central, el Banco de Guatemala, como institución netamente estatal por virtud de la suprema calidad de servicio público que significa la dirección monetaria del país, que pueda cumplir, sin los defectos estructurales del ex-banco central, la función de adaptar los medio de pagos a las legítimas necesidades del país y promover la creación y el mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía guatemalteca.

La parte fundamental de la transformación realizada en 1945 está incorporada en las 3 leyes básicas siguientes:

- a) Ley Monetaria, emitida por decreto 203 del Congreso de la República;
- b) Ley Orgánica del Banco de Guatemala, emitida por Decreto 215 del Congreso de la República;

¹⁹Ibid. Pág. 45

c) Ley de Bancos, emitida por Decreto 315 del Congreso de la República.

Esta última reforma, se dejó prevista la posible de implantar un control de cambios o un régimen de emergencia en las transferencias internacionales por movimientos de capital; las normas quedaron previstas, y un procedimiento específico delineado, es así como se ve que en la década de 1960 hasta principios de 1971 estuvo vigente dicho régimen, y nuevamente se implantó en 1984.

En la actualidad la Ley de Bancos y Grupos Financieros está contenida en el decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

2.4 Tipos de operaciones bancarias

Los bancos realizan la función principal de intermediación financiera, el cual consiste en la realización normal en forma pública o privada de actividades como: la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo a financiamiento de cualquier naturaleza. Los tipos de operación varían desde las tradicionales hasta la banca virtual. A continuación se mencionan los tipos de operación que realizan las entidades bancarias.

1. Operaciones y servicios bancarios tradicionales: Dentro de la gran variedad de operaciones y servicios que presta una institución bancaria, se mencionan a continuación las que se consideran más usuales e importantes:

a) **Operaciones activas** Son las que se realizan con el propósito de canalizar recursos financieros u otro tipo de servicios, o aquellas mediante las cuales surge un derecho a ejercer por parte del banco contra terceros, independientemente de su forma jurídica de formalización e instrumentación o de su registro contable, ejemplo: concesión de créditos (principal operación activa de los bancos); inversión en valores temporales y a largo plazo; constitución de depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; descuento de documentos; arrendamiento financiero; factoraje; emisión y operación de tarjetas de crédito; concesión de anticipos de exportación; financiamiento de operaciones de cartas créditos; y, otras.

b) **Operaciones pasivas:** Son las que se realizan con el propósito de captar recursos financieros, sobre los cuales los bancos ofrecen, explícita o implícitamente, cualquier tipo de seguridad o garantía, ya sea en cuanto a recuperabilidad, mantenimiento de valor, rendimiento, liquidez y otros compromisos que impliquen la restitución de fondos, independientemente de su forma jurídica de formalización e instrumentación o de su registro contable, ejemplo: aceptación de depósitos monetarios, a plazo y de ahorro; emisión de obligaciones o de otros títulos; obtención de créditos de bancos nacionales y extranjeros; redescuento de documentos; emisión de bonos u otros títulos similares; y, otras.

c) **Operaciones de confianza:** Son las realizan las instituciones bancarias actuando como mandatarias o depositarias, con el propósito de prestar servicios que no implican intermediación financiera, no originan derecho ni crean compromiso alguno para las mismas, lo cual debe quedar debidamente consignado en los convenios o contratos

que para el efecto se suscriban entre las partes contratantes. Entre las operaciones de confianza se tienen: cobros y pagos por cuenta ajena; administración de fideicomisos; depósitos con opción de inversiones financieras; comprar o vender por orden y cuenta de sus clientes, acciones, títulos de crédito y toda clase de valores mobiliarios; y, otras.

- d) Pasivos contingentes:** Son operaciones que por naturaleza no crean inmediatamente alguna obligación, pero debido a la eventualidad que puede surgir en la falta de cumplimiento de alguna de las partes involucradas en la transacción, puede ocasionar graves problemas a la institución bancaria, como por ejemplo: otorgamiento de garantías y fianzas, prestación de avales, emisión o confirmación de cartas de créditos de garantías, y otras. Estas operaciones se registran en cuentas de orden y constituyen transacciones con exposición a riesgos fuera de balances, por lo que requieren de un cuidado y supervisión constante por parte de la administración del banco.
- e) Servicios:** Son aquellos que el banco presta como complemento de otras operaciones o transacciones con los clientes. Se registran en cuentas de orden y se realizan jurídicamente por medio de contratos de prestación de servicios, de comisión, de mediación y otros. A continuación se mencionan algunas operaciones como ejemplo: apertura de cartas de crédito sin financiamiento; cobranzas; transferencias de fondos; arrendamiento de cajillas de seguridad; compra y venta de moneda extranjera, en efectivo y documentos; y, otras.



2. Banca Virtual

La Banca Virtual es una profundización de los servicios financieros en línea que posibilita la entrega de mayor valor agregado al cliente con conveniencia en acceso y disponibilidad.

La virtualidad representa una nueva generación de canales de distribución y se pueden definir dos etapas claras:

- a) La primera generación introdujo el cajero automático, la banca telefónica y el autoservicio, y
- b) La segunda se caracterizó por el ingreso de la computadora en forma masiva por medio de internet, el teléfono con pantalla, la televisión interactiva y kioscos dispensadores, entre otros.

Actualmente, la banca virtual pretende dos objetivos claros; maximizar la rentabilidad de cada cliente aumentando su retención mediante la entrega de valor agregado y, minimizar la inversión en los nuevos canales haciéndolo en aquellos que el cliente usa y necesita.

Una computadora en casa disminuye los requerimientos de saldos en la banca telefónica porque la información es más completa y detallada y puede volcarse a una impresora. Con las facilidades que ofrece la informática, va a disminuir el débito automático o el pago en autoservicio o en cajero automático, porque no requiere desplazamiento del cliente y

además porque le proporciona un control más preciso sobre sus transacciones financieras.

2.5 Clasificación de los bancos

Actualmente los tipos de banca, en el mundo han variado conforme el surgimiento de nuevos productos y servicios financieros, de los cuales se pueden mencionar:

2.5.1 Según el origen del capital

1. **Banca privada:** Se denomina así al conjunto de bancos de propiedad privada, en cuya administración no interviene directamente el Estado. Esta clase de bancos persigue fundamentalmente el objetivo del lucro, en sus diferentes funciones. El capital es aportado por accionistas particulares.
2. **Banco central:** Es el conjunto de instituciones cuyo principal capital es aportado por el Estado y sus actividades tienden a fomentar las ramas que son más convenientes al desarrollo económico del país. Por ejemplo: Banco de Guatemala.
3. **Bancos extranjeros:** El capital de estos bancos proviene del extranjero, siendo su objetivo principal el lucro. Estos bancos deben de cumplir requisitos especiales para su constitución y autorización dentro del territorio nacional.



4. Bancos mixtos: Su capital se forma con aportes privados y del Estado, los cuales realizan actividades comerciales e hipotecarias, su enfoque también es mixto, ya que además de perseguir el lucro, fomentan el desarrollo social.

2.5.2. Según el tipo de operación

1. Bancos comerciales

Se definen como bancos comerciales, las instituciones de crédito que reciben depósitos monetarios y depósitos a plazo menor, con el objeto de invertir su producto principal en operaciones activas de corto término. Son los más comunes con que opera el público en general, sus operaciones habituales incluyen depósitos en cuenta corriente, caja de ahorro, préstamos, cobranzas, pagos y cobranzas por cuentas de terceros, custodia de títulos y valores, alquileres de cajas de seguridad, financiación, etc. Los bancos comerciales para la realización de sus funciones cuentan con a) su propio capital, b) sus reservas de capital, c) recursos provenientes de la aceptación de depósitos monetarios y a plazo menor y d) los fondos que provienen de empréstito que solicitan en el país o en el extranjero.

Las funciones activas de los bancos comerciales son aquellas de las cuales surge un derecho a ejercer por parte del banco contra terceros, estas son:

a) Préstamos a plazo no mayor de un año, para financiar operaciones cuyo término normal no exceda del mismo periodo.



- b) Préstamos a plazo no mayor de tres años, de amortización gradual, para financiarla adquisición de materias primas, semovientes, implementos, maquinaria, otros bienes de carácter productivo y nuevos cultivos.
- c) Descuento de documentos
- d) Inversión en títulos valores.

2. Bancos hipotecarios

Son los bancos que se dedican al préstamo con garantía de bienes inmuebles. Sus operaciones habituales son de crédito a mediano y a largo plazo. Obtienen los fondos necesarios, principalmente de la captación de depósitos de ahorro y plazo y por la emisión de obligaciones a mediano y largo plazo.

Estas instituciones que emiten bonos hipotecarios o prendarios, reciben depósitos de ahorro y de plazo mayor, con el objeto de invertir su producto en operaciones activas de mediano y largo plazo.

Para financiar sus operaciones activas cuentan con su capital pagado y reservas de capital; así como los recursos que captan mediante la recepción de depósitos de ahorro y plazo mayor, la emisión de bonos hipotecarios y prendarios y la obtención de empréstitos en el país y en el extranjero.

Los depósitos de ahorro son los constituidos por las obligaciones exigibles en las condiciones especiales convenidas con el ahorrante; por lo general el método para

manejar y comprobar la recepción de esta clase de depósitos es mediante libretas; esta clase de depósitos perciben una tasa de interés anual.

Los depósitos a plazo mayor, son los pagados dentro de un término mayor de 30 días o sujetos a un aviso previo a su pago superior a dicho lapso. Los bonos hipotecarios y prendarios son títulos de crédito al portador, a plazo no menor de 1 año y no mayor de 25. Este tipo de valores deberán ser aprobados por la Junta Monetaria y están garantizados por:

- a) El conjunto de préstamos a cuya finalización se destinan los bonos.
- b) Las demás inversiones y activos del banco.
- c) La responsabilidad subsidiaria que en casos especiales otorguen el Estado, como a las entidades públicas o a las instituciones financieras oficiales y semioficiales.
- d) Los bancos hipotecarios pueden realizar entre otras, las funciones activas siguientes:
- e) Préstamo con garantía de sus depósitos de ahorro y de sus bonos hipotecarios y prendarios.
- f) Créditos a plazo no mayor de cinco años, para financiar compras y operaciones útiles productivas de mediano término, con garantía prendaria, hipotecaria o mixta.
- g) Créditos a plazo no mayor de 25 años para financiar compras y operaciones útiles o productivas de largo término o para financiar obligaciones análogas ya existentes, con garantías hipotecarias.



3. Bancos de inversión

Los bancos de inversión, conocidos también como sociedades financieras o simplemente financieras, son instituciones especializadas en la promoción y colocación de valores y participaciones para la formación del capital inicial de las empresas. Conceden créditos a largo plazo y facilitan la movilización de capitales.

4. Bancos centrales

Son bancos de categoría superior que autorizan el funcionamiento de entidades crediticias, las supervisan y controlan. Éstos se rigen por las políticas cambiarias y crediticias del Estado a que pertenecen. En Guatemala el banco central se denomina "Banco de Guatemala", el cual tiene como objetivo fundamental contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios.

5. Bancos de ahorro y préstamo para la vivienda

Estas son instituciones de crédito, que contratan la recepción de cuotas de ahorro periódicas de monto fijo mínimo con derecho a un préstamo hipotecario, emiten bonos de ahorro e hipotecarios y reciben depósitos de ahorro, con el objeto de invertir el producto de las operaciones activas especificadas en la ley.

Realiza operaciones activas ordinarias y la principal consiste en la concesión de préstamos hipotecarios a sus ahorrantes en cumplimiento de sus contratos de ahorro y préstamo con destino exclusivo a la adquisición, construcción, reparación o ampliación de viviendas familiares o a la liberación de un gravamen hipotecario.

2.5.3. Operaciones que realizan los bancos

La Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 19-2002 del Congreso de Guatemala, en el Artículo número 41 indica que los bancos autorizados conforme esta ley podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes:

a) Operaciones pasivas:

1. Recibir depósitos monetarios,
2. Recibir depósitos a plazo,
3. Recibir depósitos de ahorro,
4. Crear y negociar bonos y/o pagarés, previa autorización de la Junta Monetaria.
5. Obtener financiamiento del Banco de Guatemala, conforme la ley orgánica de éste;
6. Obtener créditos de bancos nacionales o extranjeros,
7. Crear y negociar obligaciones convertibles,
8. Crear y negociar obligaciones subordinadas,
9. Realizar operaciones de reporto como reportado.

b) Operaciones activas:

1. Otorgar créditos



2. Otorgar créditos y financiamientos en cartas de crédito,
3. Realizar descuento de documentos,
4. Conceder anticipos para exportación,
5. Emitir y operar tarjetas de crédito,
6. Realizar arrendamiento financiero y factoraje,
7. Invertir en títulos valores y depósitos emitidos y/o garantizados por el estado, por los bancos autorizados de conformidad con esta ley o por entidades privadas. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas, se requerirá aprobación previa de la Junta Monetaria.
8. Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para su uso, sin perjuicio de lo previsto anteriormente.
9. Constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; y,
10. Realizar operaciones de reporto como reportador.

c) Operaciones de confianza:

1. Comprar y pagar por cuenta ajena,
2. Recibir depósitos con opción de inversión financiera,
3. Comprar y vender títulos por cuenta ajena, y
4. Servir de agente financiero, encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones.

d) Pasivos contingentes:

1. Otorgar garantías,
2. Prestar avales,
3. Otorgar fianzas; y,



4. Emitir y confirmar cartas de crédito.

e) Servicios:

1. Actuar como fiduciario,
2. Comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos.
3. Apertura de cartas de crédito,
4. Operaciones de cobranza,
5. Realizar transferencias de fondos; y,
6. Arrendar cajillas de seguridad.”

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, siempre y cuando los mismos sean compatibles con su naturaleza.

Una clara comprensión del papel de los bancos comerciales en la economía es evidentemente un prerrequisito primordial para la formulación de la política bancaria. Con frecuencia las ideas del banquero que asigna importancia fundamental a los depósitos puede enfatizar el conservadurismo y la liquidez; el banquero que concede atención preferente a los préstamos puede subestimar la seguridad. A menudo sus actitudes reflejan la naturaleza de la localidad en que operan sus bancos; frecuentemente el conservadurismo caracteriza una comunidad estable, por otro lado una banca mas agresiva se da donde el crecimiento es rápido y es mayor la necesidad de crédito.



En realidad, los bancos comerciales realizan un cierto número de funciones interrelacionadas, muchas de las cuales son parte necesaria del sistema de libre empresa privada. Los bancos comerciales dan lugar al ingrediente más importante de la oferta monetaria –los depósitos a la vista- a través de la creación de crédito en la forma de préstamos e inversiones. Los bancos son los custodios del dinero de la comunidad así como los proveedores de su liquidez. Los bancos comerciales brindan también flexibilidad y movilidad a la oferta monetaria manteniendo el intercambio del dinero y los depósitos bancarios y proporcionando el mecanismo mediante el cual se pueden efectuar los pagos en dinero de la manera más rápida y eficiente.



CAPÍTULO III



3. El cheque

Una de las funciones fundamentales del cheque, es lograr la organización económica para identificar la mejor circulación de la riqueza, crear en el público la confianza en el uso del cheque como forma de pago, garantizando además las mayores facilidades para su difusión.

Según Rodrigo Urías, considera que "desde el punto de vista económico la función del cheque es sustituir el pago metálico o en billetes haciendo las veces de dinero efectivo, por el cual, se le considera como un medio o instrumento de pago, lo cual no implica que todos los cheques se paguen directamente en la ventanilla del banco, ya que, que existe variedades de ellos que para ser hechos efectivos requieren el previo ingreso en una cuenta."²⁰

Además de las indicadas anteriormente, el cheque cumple la función de ser medio de pago y compensación, ya que por medio del cheque los clientes de los bancos pueden disponer a favor de tercero de los fondos de sus cuentas bancarias, y el tenedor, sin necesidad de hacer efectivo el cheque directamente, puede utilizarlo a su vez (endosándolo) para saldar su deuda con otra persona, o ingresarlo en su banco para que se le abonen en cuenta, y como los bancos liquidan entre si por compensación los

²⁰ Urías, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**. Pág. 627.



respectivos saldos por razón de cheques, en definitiva estos instrumentos permiten realizar fácilmente los pagos sin empleo material de moneda.

En resumen puede decirse que las funciones económicas del cheque son:

- a. Poner en circulación el efectivo que los particulares conservan improductivamente en sus cajas.
- b. Disminuir el movimiento del efectivo, haciendo las veces de billetes de banco.
- c. Facilitar la liquidación de los créditos y débitos, que tengan entre si los comerciantes, mediante la mutua compensación en la cámara de compensación (agrupación o institución, dirigida por él y administrada por el banco de Guatemala, que reúnen a los delegados de los bancos para orientar en su seno los créditos y débitos existentes entre ellos y derivados de los cheques recibidos por cada uno a cargo de los demás, compensarlos y liquidar el saldo correspondiente por cuenta del encaje que cada banco tiene constituido en el banco de Guatemala).

3.1. Referencia histórica

Los orígenes del cheque son inciertos, pero en la actualidad, es un documento típicamente bancario, cuya finalidad es la disposición de fondos. Algunos tratadistas opinan que el origen del cheque se encuentra en la Antigua Atenas. Otros encuentran sus antecedentes en Roma, deduciendo éstos de escritos realizados por Cicerón, Terencio y Plauto; afirmando los que propugnan por esta postura, que los "Argentarius" (persona que operaba en la antigua roma con dinero, dando cambio, abriendo créditos o recibiendo



depósitos a la vista), emplearon el cheque en sus relaciones, bajo el nombre de “Prescriptio” o “Permutio”.

En la antigüedad era práctica común, depositar dinero en personas de confianza, a quienes el depositante daba instrucciones para entregar determinadas cantidades a terceros. Aun cuando estos documentos no tenían las características del cheque moderno, ya que no contenía la cláusula “a la orden” esencial para considerarlos como cheque, más bien se identifica con la letra de cambio.

Asimismo, durante la Edad Media, tuvieron aceptación unos documentos que tenían la forma de libranzas (orden escrita dada generalmente por carta, para que una persona pague determinada cantidad al sujeto a cuyo favor se expedía éste documento de crédito) o asignación del depositante sobre el depositario y que no eran simples mandatos de pago, pero no tenía plenamente la característica de cheques.

En Venecia, en Milán, en Génova y en Bolonia, era frecuente el manejo de cuenta y el pago por giros (o sea, el traslado de una cuenta a otra, en virtud de una orden de pago), constituyéndose entonces, en órdenes de pago que constituían verdaderos cheques.

En el siglo XVI era práctica usual en el comercio holandés, confiar a particulares la y guarda de capitales y retirar los fondos por medio de asignaciones llamadas “letra de caja” o “letras de cajeros”.

Debe señalarse también que desde 1630 los italianos y los españoles poseen bancos públicos y privados, manejándose en ese entonces, grandes cantidades de dinero, con el uso de simples notas escritas.

Algunos autores disienten acerca del origen del cheque, el cual se sitúa en Italia, en Bélgica, en Holanda o en España.

El autor Juan José, Gonzáles Bustamante “considera que el cheque tuvo su origen en Inglaterra, donde a partir de 1640 la institución se reglamenta y recibe el nombre actual, ya que en esa época los reyes giraban, “exchequeterbill” o “exchequeterdeventures” sobre la tesorería real derivada de tales órdenes el nombre de cheque; dichas instituciones no tuvieron un rápido desarrollo, perfeccionándose con el transcurso del tiempo, ya que al principio no fueron aceptados plenamente estos documentos, dándose en 1694 el establecimiento del banco de Inglaterra se inició un gran movimiento de capitales.”²¹

En Inglaterra fueron los orfebres quienes utilizaron este documento en sus relaciones con los banqueros holandeses; a principio del siglo XVII, la fabricación y cambio de moneda estaban a cargo de la corona, por lo cual, los orfebres que realizaban sus depósitos en el hotel de la moneda, se protegían de esa manera contra, robos, incendios y otros riesgos, luego en 1640 el Rey Carlos I confisca los depósitos, lo que provocó, que los orfebres guardaran sus metales preciosos, materia prima, en manos de particulares, iniciándose así una gran variedad de operaciones bancarias, constituyéndose los billetes de orfebre,

²¹ Gonzalo Bustamante, Juan José. **El cheque, su aspecto mercantil y bancario y su tutela Penal.** Pág. 104.

llamados "gosldsmitt notes" de más fácil circulación que la propia moneda, por medio de los cuales, los metales preciosos depositados eran cambiados por billetes a la vista y al portador; siendo un paso decisivo para la futura constitución del cheque.

En Bélgica, se discutió el hecho de la existencia de un documento denominado "bewijs", y que desde la época de la Reina Isabel, fueron enviadas a la ciudad belga de Amberes, varios banqueros ingleses, con el propósito de estudiar el funcionamiento y mecanismo de los "bewijis", para introducir su práctica en Inglaterra.

En 1882 se promulgó en Francia, la primera ley sobre el cheque, teniendo como antecedentes la costumbre inglesa. Luego en 1883 se publicó en Inglaterra la ley "bill of exchange", motivando la universalidad del cheque, o sea que el desarrollo de las operaciones bancarias inglesas fortaleció el crédito y la importancia del cheque, hasta adquirir la evolución económica tan determinante, de los pueblos desarrollados en la actualidad, como sustituto de la moneda, considerándose como el documento económico del siglo.

Según Raúl Cervantes Ahumada, manifiesta: "el cheque moderno tiene su origen en el desenvolvimiento de los bancos, de depósito de la cuenca del mediterráneo a fines de la edad media y a principios del renacimiento."²²

Y, como consecuencia del constante empleo del cheque en el comercio internacional, se ha tratado de lograr una legislación uniforme, lo cual, se realizó sin mayores obstáculos,

²² Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. Pág. 72.



fundamentalmente, por ser el cheque, de reciente traslado del derecho anglosajón al de otros países produciéndose las resoluciones del derecho relativo al cheque de la segunda conferencia de la Haya de 1912, siendo dicha disposición pasaron a formar parte de la regulación nacional guatemalteca.

En el año de 1913 la ley uniforme de Ginebra fue creada a la cual se adhirió al Código de Comercio guatemalteco de 1970 vigente actualmente. Son de destacarse también como esfuerzos de unificación internacional la ley uniforme centroamericana de títulos-valores así como el proyecto latinoamericano que han sido seguidos por la parte del Código de Comercio, que se dedica al cheque.

3.2. Concepto

El Código de Comercio, no preceptúa la institución motivo de estudio del presente capítulo y con la finalidad de ilustrar la presente investigación objeto de estudio presento algunas concepciones que acerca del cheque han elaborado algunos tratadistas: Manuel Ossorio, indica que "el cheque es una orden de pago pura y simple, librado contra el banco, el cual tiene fondos depositados a su orden en cuenta corriente bancaria autorizada para girar en descubierto."²³

Según Guillermo Cabanellas, expresa: "El cheque es una orden de pago dada sobre un banco en la cual tiene el librado fondos depositados a su orden: cuenta corriente con saldo a su favor o créditos en descubierto."²⁴

²³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 191.

²⁴ Cabanellas, Guillermo. **Ob.cit.** Pág. 86.

Juan José, González Bustamante, indica: “El cheque constituye en el derecho bancario una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.”²⁵

Edmundo Vásquez, Martínez, señala: “El cheque es un título de crédito a la orden, formal o al portador, formal y completo, que tiene fondos disponibles y ha sido autorizado para ello por el librador, de pagar una suma de dinero a su legítimo tenedor.”²⁶

Tomando en cuenta los elementos más importantes de las definiciones anteriores se formula la siguiente definición el cheque es el documento que girado contra un banco emite el titular de una cuenta bancaria para cumplir con una obligación anterior.

El doctor Villegas Lara, define al cheque como: “uno de los títulos de crédito cuyo origen se estudia dentro del derecho bancario, pues comúnmente se asocia su institucionalidad al fortalecimiento de esa actividad económica.”²⁷

El mismo autor manifiesta que: “muchos autores consideran que el cheque no es un verdadero título de crédito, si le damos a este término su verdadero significado. En verdad, el cheque no tiene un crédito; se le considera más un instrumento de pago, similar al papel moneda.”²⁸

El Código de Comercio define al cheque en Artículo 494 así: “El cheque sólo puede ser librado contra un Banco, en formularios impresos suministrados o aprobados por el

²⁵ González Bustamante, Juan José. **Ob. Cit.** Pág. 25.

²⁶ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Pág. 25.

²⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Pág. 79

²⁸ **Ibid.** Pág. 79

mismo. El título que en forma de cheques se libre en contravención a este Artículo, no producirá efectos de título de crédito.”

El cheque es un título de crédito triangular en virtud del cual una persona (librador) da una orden de pago a una institución bancaria (librado) para que contra la entrega del propio cheque pague una suma determinada de dinero a la persona a cuyo favor fue emitido el mismo (beneficiario). Lo anterior ha generado controversia por considerar efectivamente al cheque como un equivalente al papel moneda, ya que se obtienen ventajas y desventajas de ello.

3.3. Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza de la existencia del cheque como documento de crédito, se mencionan varias teorías, entre las que se encuentran:

1. Teoría del mandato

Para las legislaciones que usan la palabra mandato al expresar la orden de que se entregue determinada cantidad de fondos que señala el documento, la teoría del mandato ha servido para explicar la naturaleza jurídica de la obligación contenida en el cheque.

No obstante, esta inclinación doctrinaria ha sido criticada con bases sólidas, sobre todo porque para que se dé el mandato debe existir un contrato de tal naturaleza. Villegas Lara, establece que: “no hay mandatos in que previamente se celebre un contrato.”²⁹

²⁹ **Ibid.** Pág. 82

Para sustentar tal teoría es necesario acatar que no existe mandato tal como lo contempla la ley civil entre él cuenta habiente y el banco, por lo que en los casos de que el mismo titular de la cuenta, se gire un cheque, no habría mandato, tal como lo manifiesta el citado autor, s imple y sencillamente es una orden de pago.

2. Teoría de la cesión

Según esta teoría de origen francés, cuando una persona crea un cheque, está cediendo todo o par te de su derecho que tiene frente al banco librado. Para algunos autores lo que se cede es el derecho de propiedad sobre su depósito bancario, pero él lo es inadmisibile porque en el depósito ir regular (y el depósito de dinero tiene esa categoría), el banco adquiere la propiedad del dinero depositado; y por lo mismo, no se puede ceder una propiedad que no se tiene.

Para otros autores, lo que se cede es un derecho de crédito que él cuenta habiente tiene frente al banco; pero, si fuera así, no se podría explicar cómo es posible revocar un cheque, si la cesión es una transmisión del dominio; y, cómo se podrían explicar los cheques en que el librador es el mismo tenedor -beneficiario.

El doctor Villegas Lara establece que: "el cheque no puede des ligársele de los usos bancarios, que dan a las instituciones de crédito facultades para escoger sus clientes. Si el cheque fuera un medio de sustituir la clientela, el banco podría rehusar el pago de un cheque porque tiene libertad de contratar con quien más le convenga."³⁰

³⁰Ibid. Pág.83

Razonablemente, esta teoría no puede aplicarse al cheque, no puede otorgársele carácter de cesión al acto de girar un cheque, ya que existen otras circunstancias que viabilizan al cheque, dándole a él la nominación de título de crédito.

3. Teoría del contrato a favor de un tercero

Esta opinión es propia del derecho norteamericano y pretende explicarnos que entre el depositante y banco se celebra un contrato que constituye una estipulación a favor de un tercero indeterminado, que será cada uno de los beneficiarios a favor de quienes se extiendan cheques.

La estipulación a favor de terceros es una institución conocida en el derecho civil como fuente de obligaciones, pero, es obvio que en ningún momento puede considerarse al cheque como una estipulación a favor de un tercero. En primer lugar, se debe separar el llamado contrato de cheque, o sea la relación contractual bancaria por medio de la cual se abre una cuenta de depósitos abiertos retirables mediante el título que estudiamos, de cheque como medio de movilizar los depósitos.

Por ese motivo el citado autor Lara establece que: "el banco no está vinculando jurídicamente al tenedor del cheque, es que éste no tiene acción contra la institución que le niega el pago del título, la que sí tendría si se tratara de un estipulación en su favor. En resumen el negocio bancario del cual se pueden originar los cheques es un vínculo exclusivo entre depositantes y bancos, y por tal, razón, no hay ninguna estipulación que pueda generarse de tal relación."³¹

³¹Ibid. Pág. 85



Como contrato no se genera tal acuerdo puesto que la contratación del servicio bancario, existe al suscribir el contrato de cuenta corriente, pero es te no puede trasladar se a otra persona que no sea el titular, más bien es el cumplimiento del mismo.

4. Teoría de la estipulación a cargo de un tercero

Según esta teoría entre librador y beneficiario o tenedor del cheque, existe una relación de negociar a cargo de un tercero, que este caso será el banco, el que tendrá que cumplir con la obligación de pagar la cantidad dineraria contenida en el cheque.

Ésta es otra tesis que confunde el contrato de giro o de cheque, con el cheque mismo. Además, no es posible estipular a cargo de un tercero que en ningún momento ha participado en un acto que lo vincule al tenedor del cheque. Su obligación de pagarés por la relación jurídica que lo une al depositante y ante este último responde de una conducta contraria. Esta tesis tampoco explica la verdadera naturaleza que no se le puede dar la calidad del equivalente de dinero, ya que el documento solamente legitima la recepción de una cantidad de dinero, con lo cual más aún cuando su tercero extiende un cheque garantizando no esta haciendo una pago, sino estableciendo una garantía.

3.4. Requisitos legales

Para que un cheque pueda surgir a la lícita vida jurídica es preciso que todas las declaraciones que contenga se ajusten a las prescripciones legales. Estos requisitos pueden ser:



3.4.1. Requisitos personales

Los elementos personales del cheque son el librado, el librador y el tenedor, los endosantes y los avalistas, sabiendo reunir en el mismo determinados requisitos como se establece a continuación:

- a) **Librador:** Es la persona quien debe poseer capacidad legal y capacidad cambiaria, siendo la persona que extiende el cheque, presumiéndose que el cheque circula con su consentimiento, previamente firmado, o en el caso de un analfabeta, no es permisible estampar la impresión digital, siendo indispensable la firma a ruego de otra persona, debidamente autenticada por un notario o por secretario municipal, según el caso, su declaración es llamada originaria.
- b) **Librado:** Únicamente puede ser librado el banco contra quien se gira la orden del pago incondicional de la cantidad de dinero consignado en el cheque.
- c) **Tenedor:** Es la persona a favor de quien se gira un cheque, pudiendo ser también una persona jurídica. En todo caso el cheque puede contener la designación expresa del tenedor o sin mención del mismo.
- d) **Endosante:** Son las personas que habiendo sido tenedores de un cheque a la orden, transmiten los efectos del cheque a la orden, a favor de otra persona que la acepta denominada endosatario.
- e) **Endosatario:** Es la persona a quien se transmite un cheque convirtiéndose en titular del mismo, pudiendo hacer su cobro efectivo o transmitirlo a otra persona.



- f) **Avalista:** Es la persona que firmando el cheque, se compromete satisfacer su valor, pudiendo ser cualquier persona.

3.4.2. Requisitos reales

Para que la orden de pago contenida en el cheque, surta sus efectos jurídicos, es preciso, que reúna los siguientes requisitos:

- a) Que la orden de pago sea de una suma determinada de dinero.
- b) Que la orden de pago sea incondicional, sin sujetarla a ninguna condición.
- c) Que la existencia previa de fondos en el banco librado o sea a la disposición del librador.

3.4.3. Requisitos formales

Conforme a lo que establece los Artículos 386 y 495 del Código de Comercio, solo producirán los efectos previstos en este Código, los títulos de crédito, que llenen los requisitos propios de cada título en particular y los generales son:

- a) El nombre del título de que se trata.
- b) La fecha y lugar de creación.
- c) Los derechos que el título incorpora.
- d) La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero.
- e) El nombre del banco librado.



- f) El lugar y la fecha de cumplimiento o ejercicio de tales derechos.
- g) La firma de quien lo crea.
- h) Cuando así convenga con el banco librado, la firma autógrafa del librador puede ser omitida en el cheque y deberá ser sustituida por impresión o reproducción. La legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el banco.

3.5. Creación y forma del cheque

El cheque como título de crédito está destinado esencialmente a la circulación, aun cuando, debido a su naturaleza de pago, dicha circulación no puede ser muy amplia, por ser objeto de diversas transmisiones o sea que es circulante.

De lo expuesto se establece las formas de circulación del cheque que pueden ser conforme a lo que establece el Artículo 497 del Código de Comercio. El cheque puede ser a la orden o al portador si no se expresa el nombre del beneficiario se reputara al portador, como el ordenamiento mercantil no hace alusión a dichas formas se considera procedente realizar un breve análisis al respecto.

3.5.1. Cheque a la orden

Constituye un título de crédito-valor nominativo, por estar expedido a favor de una persona determinada, sea ésta física o jurídica, haciéndose constar su nombre y apellidos

o la razón social o denominación de la entidad, en el texto mismo del documento, pero su creación nos es única o exclusiva ya que se transfiere por endoso.

Ante el supuesto del endoso, que constituye una declaración de transmisión del título a otra persona; se verifica, realizando una anotación en el cheque o en hoja adherida al mismo, acerca de la traslación del título, nuestro ordenamiento mercantil no contiene ninguna disposición que indique en que parte del documento debe constar el endoso por lo cual el mismo puede realizarse en cualquier lugar.

Pero al contrario la ley uniforme de ginebra sobre el cheque, exige expresamente que en caso de endoso en blanco (el que se realiza con solo la firma del endosante) para su validez, debe constar al dorso del cheque o en hoja adherida al mismo, ya que la palabra endoso proviene del Latín in dorsum, espalda, al dorso.

En virtud de la falta de una definición del término cheque a la orden debe recurrirse a la norma genérica o sea al Artículo 418 del Código de Comercio que establece: títulos a la orden. Los títulos creados a favor de determinada persona se presumirán a la orden y se transmite mediante endoso y entrega del título. Entendiéndose por entrega, la dación material del documento.

3.5.2. Cheque al portador

Conforme a la definición legal establecida en el Artículo 436 del mismo cuerpo legal anteriormente citado, los títulos de crédito; y el cheque configura esta modalidad por su



naturaleza jurídica como ya se expuso; o sea también pueden ser títulos al portador. Son títulos al portador los que no están emitidos a favor de persona determinada aunque no convenga la cláusula al portador y se transmiten por la simple tradición.

Constituye el cheque al portador una especie de billete de banco, emitida por un particular, debido a su facilidad de cobro y transmisión, ya que puede ser presentado por cualquier persona y el librado está obligado a entregar la cantidad estipulada en el documento.

La transmisión del título se logra con la entrega material del documento, sea en forma manual directa, o por medio de correspondencia. Asimismo, debe señalarse, que el depósito del cheque al portador en una cuenta bancaria constituye una manera indirecta de individualizar al tenedor, ya que permite vincularlo al librador, cuando cobra el título y es ingresado en su cuenta.

El cheque se considera expedido al portador cuando no se indica a favor de quien se expide, o cuando se expide a favor de una persona determinada y contiene además la cláusula al portador y cuando no se indique a favor de quien se expide ni contiene la cláusula al portador.

3.5.3. Cheque no negociable

Al tenor del Artículo 498 del Código de Comercio, establece, no negociable. En los cheques cualquier tenedor podrá limitar su negociabilidad, estampando en el documento la cláusula: no negociable.

El cheque no negociable, es el expedido a favor de una persona determinada cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento y que no puede ser transmisible por endoso sino a una entidad de crédito, (un banco).

El Código de Comercio guatemalteco, en el Artículo 499 establece: endoso de cheques no negociable. Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley. Solo podrán ser endosados, para su cobro a un banco. La inclusión del Artículo citado es procedente por cuánto. El cheque puede tener la calidad de no negociable por voluntad del librador o por disposición de la ley.

Son cheques no negociables por voluntad de las partes aquellos en los que está inserta en su texto la cláusula no a la orden o no negociable u otro equivalente como no endosable o para abono en cuenta.

Son cheques no negociables por disposición expresa de la ley aquellos a los que ésta impone precisamente este carácter. (Por ejemplo los cheques expedidos o endosados a favor del librado, los cheques de caja, los cheques certificados, tal como lo preceptúa el Código de Comercio Artículos (498, 499, 500, 526 y 534). Además se puede decir que el cheque expedido originalmente a la orden, puede convertirse en cheque no negociable cuando un tenedor inserta en el texto del mismo la cláusula no negociable.

Los cheques no negociables no pueden tramitarse por endoso sin embargo, se admite legalmente su endoso a una institución de crédito, un banco para su cobro, aún cuando este endoso excepcional no tiene finalidad circulatoria, ya que constituye un medio para

procurar el cobro del documento. Por lo cual, los endosos realizados en cheques no negociables no producirán efecto alguno. El pago del cheque solamente hará al tenedor nominativamente designado en el título.

3.6. Presentación y pago del cheque

3.6.1. De la forma

El ejercicio del derecho consignado en un título de crédito requiere la exhibición del mismo; siendo el cheque un título de crédito lógico es suponer que para que se haga efectivo es necesario no sólo la presentación, sino que además, el título es pagado, deberá ser entregado a quien lo pague.

Según René Arturo Villegas Lara, considera “cuando el tenedor del documento lo acepta, el librado le entregará una fotocopia u otra constancia en el que figuren los elementos fundamentales del cheque y el monto del pago efectuada. Esta constancia sustituirá el título de crédito para los efectos del ejercicio de las acciones correspondientes contra los obligados, según el Artículo 506 del Código de comercio.”³²

Según René Arturo Villegas Lara, “considera que merece especial atención que nuestra legislación haya recogido el principio de voluntad del titular del documento, cuando deja a discreción del mismo la aceptación no de un pago parcial”.³³

³²Ibid. Pág. 84.

³³Ibid. Pág. 84

Según René Arturo, Villegas Lara, “considera que es un principio sano que se opone al contemplado por la ley uniforme de ginebra, sobre el cheque en la aceptación del pago parcial es obligatorio, principio que no se adapta al derecho común en el cual establece que el pago nunca podrá hacerse parcialmente, salvo convenio expreso.”³⁴

3.6.2. Del tiempo

Los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los quince días calendario de su presentación, (Artículo 502 del Código de Comercio). Hay que tomar en cuenta además, que si bien en nuestro Código de Comercio ha establecido el plazo de quince días para la presentación del cheque, no quiere ello decir que un cheque al cual se le ha vencido el plazo de presentación no sea pagado.

Al tenor del Artículo 508 del Código de Comercio establece: Pago extemporáneo. Aun cuando el cheque no hubiere sido presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador y él se presenta dentro de los seis meses que sigan a su fecha y no ha sido revocado.

Es correcto el plazo de presentación fijado parcialmente, es decir, dentro del mismo se hubiere contemplado las excepciones que hay que tomar en cuanto debido a la diversidad de cheques ya estudiados y personalmente parece más correcto que se hubiere escogido el principio reconocido en el proyecto de títulos-valores para la América latina, en él se

³⁴Ibid. Pág. 84.



establecen los plazos más largos de acuerdo con el lugar de pago del documento los cheques deberán presentarse para su pago.

- a) Dentro de los quince días naturales a partir de su fecha, si fueran pagaderos en el mismo lugar de expedición.
- b) Dentro de un mes, si fueren pagaderos en el mismo país de su expedición, pero en lugar distinto de otro país.
- c) Dentro de tres meses, si fueran pagaderos en el mismo país latinoamericano para ser pagaderos en algún otro país.
- d) Dentro de cuatro meses, si fuere expedidos en algún país latinoamericano para ser pagaderos fuera de América latina.

Hay que tomar en cuenta además, que si bien en nuestro Código de Comercio ha establecido el plazo de quince días para la presentación del cheque, no quiere ello decir que un cheque a él cual se le ha vencido el plazo de presentación no sea pagado. Aun cuando el cheque no hubiere sido presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador y él se presenta dentro de los seis meses que sigan a su fecha y no ha sido revocado, (Artículo 508 del Código de Comercio).

3.6.3. Del modo

El modo en que se ha de hacerse la presentación y el pago, el tenedor del documento deberá legitimarse según el caso verbigracia, si el cheque es a la orden, el tenedor debe legitimarse con una serie interrumpida de endosos, y el librado verificar la identificación

del último endosatario que lo presente, lo cual no es necesario si el cheque es al portador, ya que en este caso o sea cuando el cheque es la portador, la legitimación existe por la simple posesión.

Es necesario además tener en cuenta que la orden de pago dada al librador debe ser real y legítima, para que el pago sea hecho válidamente, lo que el librado confirma con la comprobación de la firma que el librado ha registrado. La falta de comprobación de la firma constituye culpa para el librado sobre quien recae, en caso responder del daño que causa la falsificación.

Sin embargo, es usual en el contrato de apertura de depósitos monetarios, que él banco transfiera al librador, por medio de la cláusula especial, todo el daño derivado de la pérdida de o el abuso de los cheques ya que el librador sólo responderá cuando haya alteración en la cantidad por la que el cheque fue expedido, o bien por la falsificación que su firma se hiciera, si dio lugar a ello por su culpa o por la de sus representantes o dependientes.

3.6.4. Del lugar

La presentación del cheque por regla general se hace frente al librado, que según nuestra legislación, son los bancos. La presentación de un cheque en cámara de compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado, (Artículo 503 del Código de Comercio).



3.6.5. Del vencimiento

El vencimiento es la oportunidad en que la obligación contenida en el cheque es exigible. Para el cheque solo es posible un vencimiento a la vista. Joaquín Garrinquez, “considera que el vencimiento a la vista es de esencia, el concepto del cheque y el cheque se toma como medio de pago, al tenedor no se le debe imponer ninguna espera para que convierta en dinero la promesa de dinero”.

El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquier anotación en contrario, se tendrá por no puesta. El cheque presentado al pago antes del indicado como fecha de su creación o sin fecha, es pagadero el día de la presentación. En estos casos el día de la presentación se tendrá legalmente como fecha de su creación, (Artículo 501 del Código de Comercio).

CAPÍTULO IV



4. Falta de regulación específica del contrato de cheque en Guatemala

En términos generales, e la práctica bancaria guatemalteca desde hace mucho tiempo se celebra un contrato de aperturas bancarias entre una institución bancaria aun y un cuenta. Por lo general este contrato se celebra en un formulario en el cual las condiciones esta están establecidas por dicha institución en el momento de dicho contrato la persona adquiere los servicios bancarios para sus cuenta de depósitos bancario mismos que son considerados títulos de crédito y que incorporan underecho autónomo, sobre una cantidad de dinero que la institución bancaria debe hacer efectivo, siempre y cuando hallan recursos económicos en dicha cuenta.

En la actualidad, a pesar de su constante celebración no se encuentra el contrato regulado en el Código de Comercio razón por la cual el presente estudio presenta de reforma al ordenamiento jurídico guatemalteco a efecto que se regule e Guatemala.

4.1. El contrato de cheque

La definición contiene una referencia previa que debe existir entre el liberador y el banco: el contrato de cheque, en efecto la razón por la cual el banco recibe y cumple con la orden de pago, es porque entre el banco y el cliente existe, previamente un contrato.

La existencia del cheque por disposición legal depende de la previa apertura de una cuenta de depósito bancario por el liberador. El contrato de cheque es el contrato



convenido entre un banco y su cliente por el cual aquel se obliga a realizar por cuenta de éste todas las operaciones inherentes al servicio de caja contabilizado puntual y sistemáticamente los ingresos y egresos de fondos.

Cuando el banco abre una línea de crédito el cliente necesita acceder al dinero y lo hace mediante una cuenta corriente bancaria que a tales efectos le habilita el banco. En el momento de conceder el crédito, en virtud del contrato el banco y su cliente celebran también otro contrato el de apertura de cuenta corriente bancaria a través del cual podrá acceder al crédito concedido. De la misma forma cuando el cliente deposita dinero en el banco, puede celebrar un contrato de cuenta corriente bancaria para poder acceder al dinero depositado. La principal obligación del cliente consiste en tener fondos suficientes depositados en la cuenta corriente o disponer de un crédito concedido por el banco lo que permite extraer fondos de la cuenta. Otras obligaciones del cliente son las de abonar los gastos y comisiones como por ejemplo por venta de chequeras o por devolución de cheques liberados sin fondos.

Es la autorización que la institución bancaria otorga con motivo de un depósito, en la que se pacta que podrán girarse cheques hasta por el importe del depósito. Esto se hace comúnmente por la entrega del talonario del cheque del acreedor.

El cheque sólo puede ser expedido cuando se reúnan los requisitos siguientes:

- La calidad del librado de ser una institución de crédito la cual celebrará un contrato con el librador: Los bancos reciben de sus clientes dinero que se obligan a devolver a la vista, cuando el cliente lo requiera. Para documentar las órdenes de pago de los clientes se utilizan los cheques.

Por el contrato de cheque, en consecuencia, el banco se obliga a recibir dinero de su cuenta-habiente, a mantener el saldo de la cuenta a disposición de éste, y a pagar los cheques que el cliente libre con cargo al saldo de la cuenta. A la cuenta de cheques se le denomina en la práctica bancaria "cuenta corriente de cheques", porque el cuenta-habiente hace entregas que se le abonan y libra cheques que se le cargan al ser pagados; por lo que la cuenta tiene una secuencia indefinida.

El cheque es un presupuesto de la normalidad, no de la esencia del cheque. Puede una persona librar cheques y no tener la cuenta y el tenedor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra los obligados, e incluso el librador recibirá una sanción. Y si el banco se negare a pagar un cheque sin causa justa, a no ser que este indispuerto u obrando, infringiendo sus obligaciones derivadas del contrato de cheque, también deberá pagar al librador una pena por el cheque desatendido.

- Los fondos disponibles: La existencia de fondos disponibles es también un presupuesto de la regularidad del cheque; presupuesto cuya existencia no influye sobre la eficacia del título, y cuya ausencia es sancionada también.
- Que el librador haya sido autorizado por el librado para expedir cheques a cargo de la cuenta del librador.

4.2. Derechos y obligaciones derivadas del contrato de cheque

4.2.1. Derechos y obligaciones del banco:

- a) Abrir e identificar la cuenta respectiva



- b) Recibir los depósitos. Deberán recibir e ingresar a la cuenta del cliente el importe de los depósitos que se haga a favor del cliente ya sea en efectivo u otros títulos.
- c) Entregar al cliente los esqueletos para librar los cheques. Elaborará de conformidad con los requisitos legales y las normas de seguridad necesaria los formatos con los que el cliente deberá de.
- d) Conservar los depósitos guardarlos el dinero depositado hasta el momento que le sea solicitado.
- e) Pagar los cheques que libre que cliente con cargo. Al momento de ser realizado un cheque y ser verificado su saldo la firma y la caracteriza del mismo, el banco deberá pagar el importe del mismo.
- f) Pagar el importe de los retiros que efectúa el cliente mismo que podrá negar ante la falta de fondos.
- g) Cuando sin causa justa, se niegue el banco a pagar el cheque teniendo fondos suficientes el librador resurtirá a este los daños y perjuicios en ningún caso será menor del 20% del cheque.
- h) Aun cuando el cheque no haya sido presentado o protestado en tiempo, el banco debe pagarlo mientras tenga fondos suficientes.
- i) La muerte o incapacidad del librador no autoriza al banco para dejar de pagar un cheque.
- j) Abonar a la cuenta el importe de los intereses pactados. Elabora el cálculo de los mismos y automáticamente ingresarlos en la cuenta, lo que se deberá reflejar en el estado de la cuenta.
- k) Elaboración y remisión del estado de cuenta. El estado de cuenta deberá detallar el importe de cada uno de los depósitos efectuados, el monto de las comisiones se haya



cobrados así como el desglose de los mipuestos que de regla generales de 30 días. En algunos casos según se haya establecido en el contrato el cliente tendrá 45 días para presentar ante el banco cualquier reclamación sobre lo detallado en este.

- l) Cancelar la cuenta cuando considere que el cliente esta hacen do un uso inapropiado de ello en el contrato se deben establecer las condiciones en las que el banco podrá cancelar la cuenta como por ejemplo, cuando se haya librado en el transcurso de 3 meses 3 o más cheques sin fondos. Asimismo deberá dar aviso de esta situación la comisión bancaria y de valores para efecto de que este organismo lo dé a conocer a todas las instituciones de crédito de todo el país la que en un periodo de 1 año. además, el cliente deberá acudir ante este organismo y manifestar respecto de esta situación.
- m) Cargar a la cuenta las cuotas por comisiones. El importe de las mismas debe ser del conocimiento del cliente y debe detallarse en el estado de cuenta.

4.2.2. Derechos y obligaciones del cliente o librador

- a) Mantener el saldo establecido en el contrato, dependiendo del tipo de cuenta y de la condiciones en que se halla pactado, será necesario mantener un a fin de evitar el cargo de comisiones.
- b) Custodiar sus talonarios y esqueletos de cheques el cliente es responsable del uso que se dé a sus documentos, por lo que en mal uso del mismo este será quien reciba las repercusiones en sus patrimonios.

- c) Avisar oportunamente al banco en caso de extravió o robo de la chequera, como consecuencia de los aspectos indicados en el inciso anterior, y para evitar cualquier mal uso que se pueda hacer de la cheque, como por ejemplo falsificación de firma, monto es conveniente notificar al banco
- d) Librar únicamente los cheques que pueda cubrir el saldo de lo contrario se podrá incurrir en faltas
- e) El titular de la cuenta podrá autorizar a terceras personas con cargo a su cuenta para lo cual se deberá en personas morales contar con las facultades suficientes para la emisión de títulos de crédito.
- f) Recibir documentos para abono en cuenta, el cliente podrá depositar "para abono en cuenta"
- g) Si el cliente autoriza a otro para expedir cheques a su cargo éste está obligado con él a cubrirlos hasta el importe de las sumas que tenga a disposición del librador, a menos que haya una disposición legal que lo libere de esa disposición.

4.2.3. Otras cláusulas y condiciones del contrato de cheque en instituciones bancarias

- a) El establecimiento de un monto mínimo de apertura, debido a las características del contrato, así como a las tasas de interés pactadas, las partes pueden pactar que para abrir la cuenta se deberá contar con un mínimo de recursos.



- b) Los conceptos y montos de las comisiones que genera la utilización de la cuenta, se deberá establecer los montos y conceptos porque se cobraran las comisiones las cuales podrán variar previo aviso que se dé al cliente.
- c) En algunos casos se faculta al usuario una línea de sobre giro, a fin de poder ofrecer al cliente cubrir el importe de los cheques girados en exceso al saldo de la cuenta, las partes podrán pactar una línea de sobre giro.
- d) La designación de cotitulares y de beneficiarios en caso de fallecimiento el banco nombrara al beneficiario de la cuenta.
- e) Pago de intereses. Se deberá establecer la forma de calcularlos, las tasas, las fechas en que se realizará el pago de los mismos y si esto se hará abonando directamente el importe a la cuenta.
- f) Penas convencionales. Para el caso en que las partes no cumplan las obligaciones contraídas, éstas pueden pactar el importe de las sanciones que ocasione el incumplimiento, generalmente en el proceso del cliente éstas se cobran bajo la denominación de comisiones ejemplo no mantener el saldo mínimo promedio.
- g) Posibilidad de ligar la cuenta de cheques a una cuenta de inversión o a otros servicios. En el caso de que el cliente tenga más de dos productos o servicios contratados con la misma institución las partes podrán pactar que estos trabajen en forma conjunta, por ejemplo los intereses generados en una cuenta de inversión se pueden depositar en otra a nombre del mismo titular.



- h) La o las relativas a los medios de impugnación: se refiere básicamente a los medios e instancias jurisdiccionales o no jurisdiccionales a los que se puede acudir para reclamar alguna obligación que se considere no cumplida, bien por el banco o por el depositante.
- i) Los cheques deberán presentarse para su pago: dentro de los 15 naturales que sigan al de la fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición; dentro de un mes, si fueren expendidos o pagaderos en diversos lugares del territorio nacional; dentro de los tres meses si fueran expedidos en el extranjero y pagados en el territorio nacional o viceversa, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

4.2.4. Formas de contratación

En la actualidad las disposiciones mercantiles vigentes, no regulan el contrato de cheque ni la forma de contratación, razón por la cual se efectúa el presente estudio. Sin embargo, en el medio guatemalteco, dicha contratación se celebra mediante un formulario que proporciona un banco con el solicitante por el cual se determinan los derechos, deberes y obligaciones que en forma recíproca convienen el banco y el solicitante.

Al no existir ninguna legislación específica al respecto, es importante que dicho contrato se encuentre regulado en el Código de Comercio, como una forma de establecer una certeza jurídica para los habitantes frente a una institución bancaria.



4.2.5. Derecho comparado

La ley ha establecido en materia de títulos de crédito un sistema estrictamente formalista, atendiendo a la especialísima naturaleza jurídica de los mismos. La suscripción y transmisión de tales documentos se encuentra sometida a una serie de requisitos de carácter formal, que la ley enumera taxativamente por la ley. Naturalmente constituye un problema distinto la determinación de si un documento emitido como cheque, sin serlo por carecer de alguno de los requisitos o menciones formales que la ley establece, podrá servir o no como prueba de una obligación civil o mercantil. Existen diversas legislaciones a nivel internacional con respecto a regular el contrato de cheque, a continuación se presentan algunas de ellas:

a) Uruguay: El contrato mercantil de cheque es de naturaleza instrumental y se encuentra regulado por los Artículos 33 a 39 de la Ley 6.895. Es un contrato de naturaleza instrumental porque puede servir a otros dos contratos: el contrato de apertura de crédito y el contrato de depósito. La ley citada en el Artículo 33 dispone lo siguiente: “la cuenta corriente bancaria es de dos maneras: ha descubierto cuando el banco hace adelantos de dinero, o con provisión de fondos cuando el cliente los tiene depositados en él”.

La cuenta corriente será al descubierto, cuando obedezca o sirva de instrumento para el contrato de apertura de crédito. Por el contrario la cuenta corriente será con provisión de fondos, cuando obedezca o sirva de instrumento para el contrato de depósito bancario. Sobre esta cuenta corriente el cuenta correntista tiene derecho a librar cheques debiendo para ello tener fondos suficientes depositados en el o de lo contrario tener autorización del



banco para girar el descubierto, esto es, tener una línea de crédito abierta. Siendo un contrato bilateral, la cuenta corriente bancaria hace nacer obligaciones para ambas partes contratantes. La principal obligación del banco consiste en prestar el servicio de caja al cliente, esto es, debitar de la cuenta los importes de los cheques presentados al banco y depositar en ella los importes presentados al banco si así correspondiera.

El Decreto Ley 14.412, exige que la cuenta corriente tenga provisión de fondos. El liberador no solo debe haber celebrado un contrato sino que también debe hacerlo perfeccionado realizando o un depósito o solicitando la apertura de determinado crédito. En ello justamente consiste la provisión de fondos: el derecho de disponer de lo depositado, o el derecho de disponer del crédito concedido.

- Existir: De acuerdo con la definición, la provisión de fondos debe existir en el momento en que se crea el cheque. Sin embargo, por aplicación de otras normas de la misma Ley, puede deducirse que lo que interesa es que la provisión exista en todo momento en que el beneficiario o tenedor se presente al banco girado a cobrarlo.

Es, en ese momento, en que debe existir la provisión porque de lo contrario el banco no lo paga.

- Ser líquida: En el contrato de cheque, debe haber dinero depositado lo que confiere al liberador un crédito contra el banco. Liquidez significa que no debe ser necesario efectuar una liquidación para determinar el monto de ese crédito.

- Ser suficiente: La provisión en fondos debe ser suficiente, es decir, debe alcanzar para cubrir el importe total del cheque. En la Ley, el tenedor de un cheque no está obligado a recibir un pago parcial.
- Estar disponible: La provisión debe ser disponible. La disponibilidad de los fondos es otorgada al liberador por el contrato de cheque. Puede suceder que esos fondos hayan sido objeto de un embargo; en ese caso los fondos existirán, pero no estarán disponibles porque se encuentran afectados por un embargo y en consecuencia no pueden destinarse al pago del cheque.

Por disposición del Artículo 17 de la Ley, los cheques deben extenderse en libretas ya impresas que los bancos entregaran a sus clientes. En efecto el Artículo citado indica lo siguiente: “Los bancos entregaran a sus clientes, bajo recibo, libretas impresas y talonarios de cheques con numeración correlativa”. En ocasión del pago, el banco solo pagara los cheques girados por un librador, cuando hayan sido extendidos en la libreta entregada. La fórmula impresa que el banco entrega ya contiene parte de las enunciaciones que todo cheque debe contener, dejando espacios en blanco que deben ser llenados por el liberador.

b) República de Colombia: El principio de la autonomía de la voluntad privada, rector del derecho privado, no obstante haber surgido algunas restricciones en su esfera de aplicación, sigue rigiendo en su plenitud el campo contractual entre los particulares. El hecho que los bancos y demás entidades sometidas a estatus excepcionales, sean comerciantes especiales, con diferentes régimen establecidos para ellos y algunas

competencias especiales, y de que estén limitados en muchas de sus actividades en razón de la protección de los terceros y del interés público en general, no demeritan, ni invierten en el principio, implicando esto, que la posición intervencionista del Estado, al incorporar principios típicos de derecho público, no sustrae la regulación del Código de Comercio, en el que participa el género mercantil. Es en desarrollo de este postulado que las relaciones jurídico contractuales sean enmarcadas de la normativa del derecho privado, dándole ciertas, amplias y determinadas facultades, como son el consensualismo, forma esta típica de controlar y según la cual, lo acordado en libertad y conforme a lo prescrito en la ley, es ley para las partes.

Lo anterior se aplica en el caso de cuestión, pues el banco y el particular, en desarrollo de dichas facultades pueden llegar o no a contratar, cada uno como sujeto de la relación con sus derechos y obligaciones respectivas. Al suscribir un contrato de cuenta bancaria las dos partes están dando su consentimiento, acordando lo que la ley establece para ellos, no pudiendo ser desconocidos ese pacto sino en el evento de estar violando la ley. El marco legal contractual y determinados en este contrato típico y específico, lo regula el Código de Comercio en sus Artículos 1,382 a 1,390.

c) República de Panamá

De conformidad con el Código de Comercio de Panamá, contenido en la Ley Número 52 de 1917, se hace referencia en materia de cheques, que es aplicable al cheque nominativo lo concerniente al endoso de la letra de cambio, el endoso en blanco es el



que con más frecuencia se observa en la práctica, pues resulta muy cómodo y fácil transmitir estos documentos estampando simplemente la firma en su reverso.

Los cheques nominativos no negociables, ya sea que se haya insertado en su texto la cláusula no a la orden o no negociable o porque la ley les dé carácter, podrán ser endosados solamente a una institución de crédito para su cobro. Una vez expedido un cheque, la persona tenedora del documento en debido curso, puede endosarlo a la persona jurídica o natural, que ella quiera.

La calificación del endoso, recae sobre la institución bancaria que recibe el documento para su respectivo pago, en la República de Panamá la materia de endoso se encuentra regulado en el Código de Comercio y la Ley de Documentos Negociables. En este sentido el Código de Comercio de Panamá en sus Artículos 926, 928, 850 y 852, dispone lo siguiente: Artículo 926: "Salvo el cheque al portador, todo cheque aun sin ser expresamente librado a la orden, es transmisible por medio del endoso....". Artículo 928: "Son aplicables al cheque. Salvo en lo que concierne a la aceptación, las disposiciones de los Artículos 850-855, relativos al endoso de las letras de cambio y del billete a la orden." Artículo 850: "El endoso debe escribirse en la letra de cambio o en una hoja adherida a la misma y debe estar firmado por el endosante. El endoso es válido aun en el caso de que no se designe el beneficiario o aunque la persona que hace el endoso se haya limitado a estampar su firma en el dorso de la letra o en una hoja adherida a la misma (endoso en blanco)" Artículo 851: "El endoso transmite todos los derechos inherentes a la letra de cambio" Artículo 852: "Salvo cláusula en contrario, la persona que endosa es garante de la aceptación y del pago."

De acuerdo con la anterior, el cheque puede hacerlo efectivo cualquier pagador (persona natural o jurídica), sin que en esa oportunidad, necesariamente, deba presentarse al cobro ante el Banco girado o pagador, basta con que el cheque esté endosado. No obstante, quien hace efectivo el pago, tiene el deber (obligación) de verificar la identidad de la persona que lo endosa, toda vez que una vez aceptado el endoso, este tenedor es garante de ese endoso.

4.3. Características del contrato de cheque

Una vez celebrado el contrato de cheque o de apertura de cuenta bancaria, por depósito monetario, la relación contractual entre el banco y el cuentahabiente conlleva, a determinar una serie de elementos característicos propios de dicho contrato, la cual se describen a continuación:

- a) Es un contrato de adhesión: Esto significa que en forma anticipada la institución bancaria legalmente autorizada en el país ha redactado las cláusulas de dicho contrato y únicamente le corresponde al cuentahabiente aceptar todas y cada una de las cláusulas.
- b) Es principal: Se refiere a que el contrato subsiste por sí mismo, es decir, no hay necesidad de celebrar otro para la validez.
- c) Bilateral: En la redacción de contrato de cheque únicamente comparecen la institución bancaria y el cuentahabiente.



- d) Consensual: Se refiere básicamente a la manifestación de voluntad, es decir, el consentimiento de las partes, en forma voluntaria y expresa con relación a dicho contrato.

- e) Conmutativo: Consiste en cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa cierta, reconocida y equivalente a lo que se recibe, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y reconocidos desde la celebración del contrato, por consiguiente la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del mismo.

- f) Oneroso: Se caracteriza así cuando las ventajas que procuran a una de las partes no le son concedidas sino por una prestación que la otra le ha hecho o en su caso se obliga a hacerlo.

- g) De tracto sucesivo: Cuando un contrato se celebra y se perfecciona surte efectos a futuro por lo tanto la característica esencial se desarrolla a través del tiempo o por etapas, lo que conlleva a que las prestaciones de una de las dos partes, son de cumplimiento reiterado o continuo.



4.4. Proyecto de Reforma

Reformas Legislativas

Congreso de la República de Guatemala

Decreto Número _____ 12

Considerando

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la libertad de comercio y otras actividades económicas e industriales básicas para el desarrollo económico del país.

Considerando

Que de conformidad con las normas mercantiles vigentes, dicha aplicación se orienta fundamentalmente a la actividad que desarrollan las instituciones bancarias, conocidas también como comerciantes especiales.

Considerando

Que para la eficaz aplicación del Código de Comercio, es necesario introducir reformas a fin de establecer en el ordenamiento jurídico la inclusión del contrato de apertura de cuentas bancarias.

Por Tanto

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.



Decreta

La siguiente reforma por adhesión al Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Artículo 543 Bis, el cual queda de la siguiente manera:

Artículo 1. Se adiciona un Artículo al 543 el cual queda de la siguiente manera:

Artículo 543 Bis. Contrato de apertura de cuentas bancarias. Todas las instituciones bancarias legalmente autorizadas por la Superintendencia de Bancos, deberán celebrar los contratos de apertura de cuentas bancarias que les fueren solicitados por medio de un formulario tipo, autorizado por la autoridad correspondiente y deberá contener las disposiciones contenidas en este Código, así como las relativas al Código Civil, las que se aplicarán en forma supletoria.

Artículo 2. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su publicación y cumplimiento.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala
el ____ de ____ del año ____

FIRMAS



4.5. Implementación

La práctica bancaria guatemalteca, implementa diversidad de formas de contratación o de prestación de servicios tanto bancarios como financieros, y en ese orden prácticamente en Guatemala, todas las instituciones bancarias celebran diversos contratos siendo uno de los más comunes el contrato de cheque, mediante el cual un cuentahabiente solicita a la institución bancaria la apertura de una cuenta de depósito monetario para lo cual requiere que el banco le proporcione una chequera para realizar diversas operaciones de carácter mercantil.

Además, es importante señalar que efectivamente es necesario la implementación de la figura jurídica del contrato de cheque en la normativa mercantil vigente en Guatemala, principalmente, en lo que para el efecto regula el Decreto 2-70 del Congreso de la República relativo, al Código de Comercio y en ese orden, la implementación facilitaría en caso de controversia al cuentahabiente, para decidir qué acciones legales o procesales efectúa en contra de una institución bancaria ya que en la actualidad no existe ninguna normativa al respecto, de allí la importancia jurídica, social y económica de la celebración de dicho contrato por parte de instituciones bancarias, por lo que el Organismo Legislativo debe conocer la iniciativa e implementarla.



CONCLUSIONES

1. El Código de Comercio vigente en Guatemala y demás leyes bancarias y financieras, contienen disposiciones legales relativas a la actividad bancaria y dichas instituciones puedan celebrar negocios jurídicos válidamente con sus respectivos cuentahabientes; sin embargo, algunos de ellos consideran dejar contratos mercantiles atípicos, tomando en cuenta que a pesar de no estar regulados, se celebran en Guatemala.
2. Los bancos y grupos financieros de Guatemala, cumplen una importante labor de intermediación que fortalece a la economía nacional, principalmente el intercambio de bienes y servicios y, por consiguiente, una vez autorizados se les permite la prestación de diversos servicios, quedando a discreción de los clientes, aceptar o no las condiciones establecidas por dichas entidades.
3. El cheque es considerado un título de crédito mediante el cual una institución bancaria, se obliga a pagar el importe del mismo, siempre que haya disponibilidad de fondos; todo ello dentro de la costumbre de los actos de comercio; sin embargo, no existiendo regulación específica de contrato de cheque es bastante común en la práctica bancaria guatemalteca dicha transacción.



4. Las normas sustantivas en materia mercantil, se encuentran reguladas en el Código de Comercio, y por la vigencia y antigüedad de dicha norma, muchos actos mercantiles se celebran en discordancia con dicha normativa, por lo que surten efectos jurídicos para las partes contratantes, de conformidad con el principio aplicable a todo contrato mercantil, como lo es la verdad sabida y buena fe guardada.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo debe analizar las disposiciones legales vigentes en materia mercantil y bancaria, a efecto de implementar diversas disposiciones para una mayor efectividad en las transacciones que realizan dichas instituciones con los cuentahabientes y garantizar la prestación de dichos servicios en forma eficaz y eficiente.
2. Es necesario que la Superintendencia de Bancos, como máxima autoridad encargada de la supervisión y fiscalización de instituciones bancarias y financieras, cree un banco informático de la totalidad de los servicios que prestan dichas instituciones, y establecer si son acordes a las leyes vigentes de Guatemala.
3. Corresponde al Organismo Legislativo, analizar y reformar el Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, mediante el cual se regule en forma específica el contrato de cheque celebrado por una institución bancaria legalmente autorizada y un cuentahabiente.
4. Que el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, conforme una comisión, a efecto de analizar la implementación de un nuevo Código de Comercio en concordancia con las actividades mercantiles celebradas en Guatemala, con el propósito de fortalecer los actos de comercio jurídicamente.





BIBLIOGRAFÍA

DELGADO MOTTOA, Beatriz. **De los negocios jurídicos**. Santiago de Cali: Universidad Pontificia Bolivariana, 2006.

Banco de Guatemala. **Memoria de labores de julio a diciembre de 1946**. Guatemala: Imprenta Universitaria, 1946.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos aires: Ed. Heliasta, 1977.

GONZALO BUSTAMANTE, Juan José. **El cheque, su aspecto mercantil y bancario y su tutela penal**. México: Ed. Porrúa, 1983.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. México: Ed. Herrero, 1973.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Guatemala: Imprenta Aries. 2000.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales**. Buenos: Ed. Heliasta, 2000.

URIA, Rodrigo. **Derecho mercantil**. Madrid: Ed. Silverio, 1962.

VÁSQUEZ, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 1978.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. México: Ed. Nacional, 1956.

VILLEGAS, Carlos. **Régimen legal de bancos**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1978.

VILLEGAS LARA, Rene. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.



Legislación:

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

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

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

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

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