

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



**INSEGURIDAD JURÍDICA QUE SUFRE EL TARJETAHABIENTE
DERIVADO A LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO**

LUDWIN ALEXANDER CORTAVE GARCÍA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2018

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

**INSEGURIDAD JURÍDICA QUE SUFRE EL TARJETAHABIENTE
DERIVADO A LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUDWIN ALEXANDER CORTAVE GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Elisa Álvarez Sontay
Vocal:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
Secretaria:	Licda.	Irma Leticia Mejicanos Jol

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Ana Reina Martínez Antón
Vocal:	Lic.	Idelfonso Ajú Batz
Secretaria:	Licda.	Delia Agustina Estrada García

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).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



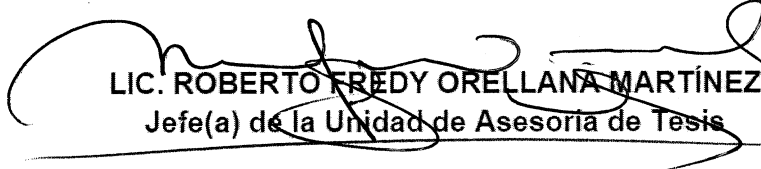
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
21 de febrero de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, JORGE BENJAMIN JIMENEZ SOLORZANO
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LUDWIN ALEXANDER CORTAVE GARCÍA, con carné 200412060,
intitulado INSEGURIDAD JURÍDICA QUE SUFRE EL TARJETAHABIENTE DERIVADO A LA CLONACIÓN DE
TARJETAS DE CRÉDITO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
de tesis propuesto.

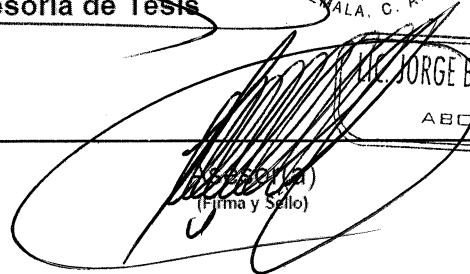
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 12 / 01 / 2018. f)


LIC. JORGE BENJAMIN JIMENEZ SOLORZANO
ABOGADO Y NOTARIO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





LIC. JORGE BENJAMÍN JIMÉNEZ SOLÓRZANO
ABOGADO Y NOTARIO

14Calle 6-12 Zona 1

Tel. 22517242

Guatemala, Ciudad

Guatemala, 26 de febrero de 2018

Licenciado

Fredy Roberto Orellana Martínez

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Pte.



Apreciable Licenciado Orellana Martínez:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa unidad, procedí a asesorar el trabajo de tesis del estudiante **LUDWIN ALEXANDER CORTAVE GARCÍA**, intitulado **"INSEGURIDAD JURÍDICA QUE SUFRE EL TARJETAHABIENTE DERIVADO A LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO"**

Al realizar la asesoría de la tesis sugerí algunas correcciones de tipo gramatical, que consideraré en su momento oportunas, para la mejor comprensión del tema que se desarrolló, por lo que informo a usted que:

1. El contenido científico de la investigación se basa en establecer las causas de la clonación de las tarjetas de crédito para combatir este hecho que perjudica al tarjetahabiente y a la casa emisora, ya que en la actualidad en el ilícito participan terceras personas que laboran o tienen vínculos con entidades bancarias o mercantiles, por lo que se puede considerar que están ligados al crimen organizado. El contenido técnico fue contemplado en los lineamientos para el desarrollo del trabajo de tesis.
2. La metodología utilizada se estableció a través de los métodos deductivo e inductivo, por el primero se obtuvieron propiedades generales a partir de las singulares, y por el segundo se obtuvieron propiedades particulares a través de las generales. Por el método analítico se descompuso el todo en sus partes para estudiar cada una de ellas con la finalidad de descubrir la esencia del problema. Por el sintético se enlazó la relación abstracta con las relaciones concretas de la investigación. La técnica utilizada fue la documental y la bibliográfica.



LIC. JORGE BENJAMÍN JIMÉNEZ SOLÓRZANO
ABOGADO Y NOTARIO

14 Calle 6-12 Zona 1

Tel. 22517242

Guatemala, Ciudad

3. Procedí a hacer algunos cambios en la redacción del trabajo a fin de hacer más comprensible su lectura, además de corregir algunos errores gramaticales y de puntuación.
4. La contribución científica del tema se basa en evitar que se causen daños y perjuicios a tarjetahabientes, a causa de la clonación de dichos documentos, asimismo que cometan hechos delictivos en perjuicio de terceros, por lo que se hace necesario reformar el Código Penal y especificar la figura delictiva para seguir la persecución penal al clonador de tarjetas de crédito y de débito.
5. En cuanto a la conclusión discursiva fue redactada en forma clara y debidamente fundamentadas, en congruencia con el tema investigado, por lo cual, brindan una valiosa contribución para el derecho penal guatemalteco.
6. El presente trabajo de tesis está amparado por una bibliografía acorde al fondo de la investigación, en la que los autores son profesionales en la materia que se desarrolla en el presente trabajo.

En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis es sumamente de actualidad, de esa cuenta el ponente cumplió con los requisitos establecidos y exigidos por el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que deviene procedente emitir dictamen favorable. Hago constar que el asesor no guarda lazos de parentesco con el ponente de la tesis y tampoco guarda amistad ni enemistad con el mismo.

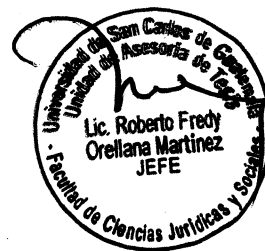
Atentamente

Colegiado 5848

LIC. JORGE BENJAMÍN JIMÉNEZ SOLÓRZANO
ABOGADO Y NOTARIO



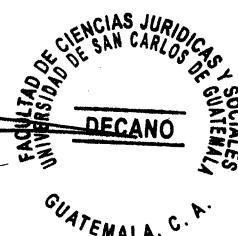
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 31 de julio de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUDWIN ALEXANDER CORTAVE GARCÍA, titulado INSEGURIDAD JURÍDICA QUE SUFRE EL TARJETAHABIENTE DERIVADO A LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.





DEDICATORIA

- A DIOS:** El creador del Universo, por ser siempre mi fortaleza en momentos difíciles, por bendecir mi camino y darme la sabiduría para conseguir todas las metas propuestas en mi vida. Todo tiene tu huella Señor.
- A MIS PADRES:** Julio Antonio Cortave González y Emiliana García González, por su amor, su apoyo incondicional en todo momento, sus consejos y por creer siempre en mí, este triunfo es por ustedes y para ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Mynor, Erick y Emily, por su apoyo en todo momento, por sus consejos y por su motivación para culminar mi preparación profesional y en especial a Erick por ser siempre un consuelo y apoyo en mi vida, y ser el ejemplo a seguir, parte de este triunfo se lo debo a él.
- A MIS CUÑADOS:** Antonieta Ruano y Benjamín Domínguez, por su apoyo y cariño.
- A MIS SOBRINOS:** Adrián, Daniela, Ana Emilia y Matías, por ser el motivo de mis alegrías y mi motivación para alcanzar este triunfo.
- A MI FAMILIA:** A todos en general, por sus muestras de cariño.
- A MIS AMIGOS:** Por estar siempre conmigo en esos momentos que más he necesitado de un consejo, un aliento para seguir adelante, por ser esa parte fundamental en mi vida.
- A:** La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, forjadora de hombres cultos.



PRESENTACIÓN

El tipo de investigación es cualitativa en virtud que se analiza las circunstancias y caracteres de las instituciones bajo estudio. Pertenece a la rama cognocitiva del derecho administrativo y del derecho penal, en virtud que es un estudio de la clonación de las tarjetas de crédito en perjuicio del tarjetahabiente y la persecución penal que pudiera realizar el ente investigador. La presente investigación se realizó en el municipio de Guatemala del departamento de Guatemala, en virtud que las instituciones se encuentran ubicadas en este municipio. El estudio abarca del año 2015 al año 2017.

Como objeto de estudio se analizó y se investigó sobre la tarjeta de crédito y sus consecuencias al ser clonada para causar daño al tarjetahabiente mediante la comisión de un delito; y como sujetos de estudio a las empresas que laboran en el otorgamiento de tarjetas de crédito y al Ministerio Público como ente investigador. El primero, es el obligado a ejercer control sobre las tarjetas de crédito para evitar su clonación, el segundo, es el que investiga y el indicado para llevar a cabo la persecución penal del sujeto activo de la acción ilícita.

El aporte académico consiste en estudiar la clonación de las tarjetas de crédito, con el fin de perseguir penalmente al sujeto activo de la acción delictuosa, para evitar la comisión del delito.



HIPÓTESIS

La clonación de tarjetas de crédito es un delito en el que participan organizaciones criminales, donde existe un jefe clonador que es el que dirige las operaciones durante el proceso de una clonación, además, tiene su equipo de trabajo integrado por un reclutador que es el encargado de contactar a los empleados de tiendas, supermercados, restaurantes, etcétera, a delincuentes comunes y a técnicos hackers que son los encargados de toda la parte informática para realizar la operación de clonación. Por tal motivo se hace necesario que los bancos del sistema ejerzan mayor control y denuncien los hechos al Ministerio Público para la respectiva persecución penal, dando así seguridad jurídica al tarjetahabiente.

Como variable dependiente se presentaron a las empresas que trabajan con tarjetas de crédito, la variable independiente son las instituciones dedicadas a la persecución.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis se comprobó, mediante la doctrina de diferentes juristas, el fondo de la investigación se realizó mediante las técnicas de investigación documental, bibliográfica y científica; y los métodos inductivo, deductivo y analítico, asimismo del análisis de los medios científicos de prueba, especialmente la clonación de tarjetas de crédito. Se llegó a concluir que se hace necesario que las casas comerciales y los bancos deben ejercer mayor control para evitar que se clonen tarjetas de crédito, y que el Ministerio Público ejerza la persecución penal contra los autores de ese delito para reducir o eliminar la clonación de tarjetas de crédito.

La investigación se fundamenta en los factores: Filosóficos, para estudiar la esencia, propiedades y causas de la propuesta hecha por el autor del presente trabajo; axiológicos, el valor y estudio de las cualidades del tema investigado; exegético, que concierne al análisis de las leyes expuestas y su interpretación; hermenéuticos, con la interpretación de la propuesta; y, pragmáticos, mediante las disposiciones emanadas por las instituciones mencionadas en la presente investigación. La hipótesis es validada desde el momento en que fue comprobada.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Relación histórica.....	4
1.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco.....	16
1.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco.....	20

CAPÍTULO II

2. Contratos mercantiles.....	25
2.1. Obligaciones mercantiles.....	25
2.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado.....	27
2.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....	30
2.4. Distinción entre contratos mercantiles contrato civiles.....	32
2.4.1. La obligación mercantil.....	32
2.5. Características del contrato mercantil.....	33
2.6. Características esenciales de las obligaciones mercantiles frente a las civiles.....	36

CAPÍTULO III

3. Tarjetas de crédito.....	39
3.1. Disposiciones generales.....	39
3.2. Regulación legal.....	40
3.2.1. Regulación en la legislación civil.....	40



	Pág.
3.2.2. Clases de tarjeta de crédito.....	45
3.2.3. Obligaciones de la entidad emisora.....	47
3.2.4. obligaciones del cuenta habiente.....	48
3.3. Los intereses.....	51
3.3.1. Definición.....	51
3.3.2. Intereses corrientes.....	52
3.3.3. Intereses en mora.....	52
3.3.4. Intereses de capital.....	61
3.4. Análisis doctrinario.....	62

CAPÍTULO IV

4. La clonación de tarjeta de crédito y propuesta de solución.....	67
4.1. Clonación de tarjetas de crédito y su problemática.....	67
4.2. Formas de clonación de tarjetas de crédito.....	70
4.3. El delito cibernético.....	73
4.4. Reforma legal.....	80
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87



INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como justificación la necesidad de demostrar que en Guatemala no existe una estrategia legal para combatir a los clonadores, que están tomando mucha importancia dentro del comercio guatemalteco, principalmente el de clonación de tarjetas de crédito, en virtud que es una acción que perjudica a los tarjetahabientes debido a la preocupación de las personas de portar grandes cantidades de dinero en efectivo al momento de realizar sus compras o hacer negocios, se ven en la necesidad de utilizar tarjetas de crédito como medio de pago.

Las conductas que un delincuente pueda tener para clonar una tarjeta de crédito o débito, se realiza con ayuda de un equipo informático, además de otras personas que conforman la organización criminal, quienes son los que programan el equipo para la realización de determinada acción, y cada vez se está volviendo una situación incontrolable por la falta de tipificación de tales conductas dentro de la legislación penal guatemalteca.

Ante la ausencia de la tipificación de este tipo de clonación que pueda controlar las conductas de los delincuentes que surgen conjuntamente con el desarrollo de la tecnología, por lo que se hace necesario un análisis de esta conducta para adicionar el Artículo 323 Bis al Código Penal para tipificar la clonación de tarjetas de crédito.

El objetivo general de la investigación fue establecer una estrategia legal que dé al Estado, a las entidades emisoras de tarjetas de crédito y principalmente al tarjetahabiente la seguridad jurídica necesaria para combatir la clonación.

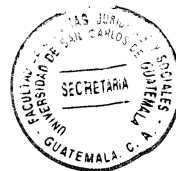
Por medio de la doctrina y las leyes aplicables se comprobó la hipótesis siguiente: La clonación de tarjetas de crédito es un delito en el que participan organizaciones criminales, donde existe un jefe clonador que es el que dirige las operaciones, además se tiene su equipo de trabajo integrado por un reclutador que es el encargado de contactar a los empleados de tiendas, supermercados, restaurantes, etcétera, a

delincuentes comunes y a técnicos que son los encargados de toda la parte informática para la clonación. Por tal motivo, se hace necesario que los bancos del sistema ejerzan mayor control y denuncien los hechos al Ministerio Público para la respectiva persecución penal, dando así seguridad jurídica al tarjetahabiente.

Esta investigación consta de cuatro capítulos; capítulo I, trata del derecho mercantil, se define, se hace la relación histórica y el análisis jurídico; capítulo II, se estudian los contratos mercantiles, sus obligaciones, forma y perfeccionamiento, la diferencia entre los contratos mercantiles y los civiles y sus características; capítulo III, es un análisis de las tarjetas de crédito, su regulación legal, clases de tarjetas y las obligaciones, además se analizan los intereses a capital y en mora; capítulo IV, se estudia la clonación de las tarjetas de crédito y su problemática y la reforma legal.

Los métodos de este estudio utilizados fueron el analítico, el inductivo y el deductivo, Por el primero se analizaron las ventajas y desventajas que presenta el control de las tarjetas de crédito y falta de supervisión de las casas emisoras de tarjetas; en el inductivo se estudiaron los temas particulares para llegar a conclusiones generales; el deductivo se utilizó al hacer a investigación del control de las tarjetas mencionadas y estudiar los temas generales para llegar a conclusiones particulares. La técnica de investigación utilizada fue la documental.

En conclusión, este informe consistió en el análisis de la clonación de tarjetas de crédito y adicionar el Artículo 323 Bis al Código Penal para penalizar la clonación y evitar la misma que atenta contra el tarjetahabiente.



CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

El derecho mercantil rige las relaciones comerciales que se establecen en los entes mercantiles, su fin es regular las transacciones comerciales y que las mismas se establezcan conforme los parámetros de legalidad.

1.1. Definición

“Puede definirse diciendo que es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa. Esta síntesis conceptual reduce la función de la empresa a su verdadero carácter instrumental, que acepta de la teoría de los actos en masa y de la teoría de la empresa lo que ambas posean de exacta comprensión de la realidad, que resuelve en favor del empresario y en detrimento de la empresa la vieja polémica doctrinal y, en definitiva, con esta definición se afirma que el derecho mercantil es un ordenamiento especial de sujetos y actos o actividades profesionales, como lo fue en sus orígenes”¹.

“Derecho mercantil, es el conjunto de leyes relativas al comercio y a las transacciones

¹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Pág. 322.

realizadas en los negocios. Entre estas leyes se encuentran las relativas a las ventas; a los instrumentos financieros, como los cheques y los pagarés; transporte terrestre y marítimo; seguros; corretaje; garantías; y embarque de mercancías. El Código de Comercio recoge todas las disposiciones del derecho mercantil y los conflictos se resuelven en tribunales civiles o en tribunales específicos aunque esto dependa de los países donde se produzca la disputa”².

Conocido también como derecho comercial versa sobre los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión.

Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias o bursátiles, la contratación peculiar (documental y simplificada) de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo concerniente a la suspensión de pagos o quiebras.

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho

² Microsoft Corporation, **Encarta 2004**.

sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional”³.

“El conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión”⁴.

Derecho mercantil es: “El sistema de normas jurídicas que determinan su aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”⁵.

Es: “La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”⁶.

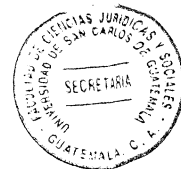
Para Cervantes Ahumada, Mencionado por De Pina Vara, la materia del comercio que constituye al derecho mercantil comprende al comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, mercancía, títulos de crédito, etc.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los

³ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 16.

⁴ De Pina Vara, Rafael. **Derecho mercantil**. Pág. 254.

⁵ Mantilla Molina, Roberto. **Derecho civil y derecho mercantil**. Pág. 132.

⁶ Fundación Tomás Moro. **Op. Cit.** Pág. 345.



comerciantes comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, etc.)⁷.

Por tal motivo se puede afirmar que el derecho mercantil es el derecho del comercio, derecho de los comerciantes, derecho de las empresas y de las cosas involucradas en el tráfico mercantil.

1.2. Relación histórica

El comercio es una actividad muy antigua y que únicamente el hombre realiza.

La palabra comercio se deriva del latín *cum* y *nerds* que quiere decir con mercancía. Lo cual significa que en esta expresión se contempla la idea del cambio y del tráfico.

Aparece el comercio en forma rudimentaria cuando el ser humano con la finalidad de satisfacer sus necesidades cambia los bienes que el produce por otros que no tiene a su alcance.

Los seres primitivos, hacen uso del trueque directo, es decir sus productos los cambian

⁷ De Pina Vara. **Op. Cit.** Pág. 134.

por otros como por ejemplo: pieles, flechas, eran cambiados por objetos de barro, semillas, etc.

El comercio en sentido moderno principia cuando el hombre adquiere bienes para cambiarlos por otros y no para ser consumidos, en este momento se vuelve intermediario.

En el transcurso de la historia la actividad comercial de intermediación ha sido muy complicada, por lo mismo los comerciantes han creado sus propios instrumentos para llevar a cabo su actividad de Intercambio como lo son por ejemplo: el dinero, el crédito, los títulos de crédito, las sociedades mercantiles, etc.

En el año 20 antes de Cristo, se elabora el primer código que reglamenta varias instituciones del comercio, como por ejemplo: el préstamo por intereses, el contrato de sociedades, etc. (Código Babilónico de Hammurabi).

Los fenicios elaboran importantes leyes mercantiles toda vez que eran grandes navegantes y comerciantes.

Los egipcios, los griegos, los chinos realizaban una importante actividad comercial y por



lo tanto elaboraron diversas normas sobre esta materia.

Los romanos también tenían un importante comercio, llegando a crear o a iniciar el derecho bancario; algunos tratadistas nos recuerdan que la grandeza del imperio romano se debió principalmente a su auge comercial y a las leyes o normas que lo regulaban.

A la caída del imperio romano aparece el derecho mercantil o comercio de la edad media; cada pueblo o comunidad o feudo van elaborando sus propias normas o leyes.

Posteriormente surgen las naciones y principalmente en Italia y Francia aparecen las leyes que rigen esta actividad.

“El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la Historia, la Sociología o la Antropología, enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de los actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades del núcleo familiar o del reducido

grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para el consumo y sin ningún propósito de intercambio”⁸.

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de incluir el desarrollo de la civilización: la progresiva división de trabajo. Este fenómeno histórico, ampliamente planteado por Federico Engels en la obra: El origen de la familia, la propiedad y el Estado, va a condicionar relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil.

Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que se es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida.

Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En el principio, ese intercambio era producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de valor, se consideraron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

⁸ Villegas Lara. Op. Cit. Pág. 6.

Las civilizaciones más caracterizadas por la historia realizaron el tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos. Hay culturas que sí vale la pena comentar, principalmente por la Grecia clásica, se establece en principio que el mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan.

No obstante, la proximidad de las ciudades más importantes al Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para la economía. Con ello se construyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el derecho mercantil actual. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el navío partiera y regresara exitosamente a su destino.

En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedentes del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando

las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura.

“El derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las famosas Leyes de Rodas, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo. Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del derecho mercantil”⁹.

El derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo. El Jus Civile era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil.

Una de sus principales características distintas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos. Pero

⁹ Ibid. Pág. 6.

sucede que el comercio se ha caracterizado y sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin mayores formalismos. ¿Cómo podía entonces acogerse a un derecho tan rígido en sus mecanismos? El genio romano encontró la solución dándole facultades de interpretación casuística al Pretor, de manera que cuando aplicaba la ley Civil al comercio, debía observar las peculiaridades propias del fenómeno comercial.

“La rigidez de la ley se suplía con la elasticidad de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedentes a la idea de que el juez adapte la ley al caso concreto, particularmente en el ámbito del derecho privado. En resumen, no existió en Roma la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El *Jus Civile* era un universo para toda relación de orden privado”¹⁰.

Una de las manifestaciones propias de la Edad Media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo. El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí se hacía iba en su propio beneficio, lo que incluía también poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de las monarquías.

Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas y los pueblos, en donde se atrincheró la naciente

¹⁰WWW.paraprofesionales.com. (Consultado: 23/01/2018).



burguesía comerciante. La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que rodea el poder de incluir cambios radicales en la riqueza comercial.

La importancia de la burguesía no radicaba en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como derecho mercantil.

Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas corporaciones, esas corporaciones se regían por estatutos, en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando, de ahí que, a este derecho también se le llama derecho corporativo o derecho estatutario, como connotación histórica los estatutos no sólo contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, sino también organizaron una jurisdicción propias para la solución de sus controversias. Esa jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países.

Como aporte importante de esta etapa se puede señalar la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato



de seguro, inicio del registro mercantil, etcétera. Pero, lo más importante de todo es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil; y aun cuando era un derecho para una clase especial los comerciantes, la incidencia de las nuevas convicciones sobre el comercio determinó que el derecho mercantil principiara a caminar por sus propios medios, tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues, a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.

Se ha insistido en señalar cómo los hechos que marcan el curso de la historia humana influyen en el derecho mercantil. El descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de las pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados.

En la edad moderna la principal vía de comunicación siguió siendo el mar, y la legislación mercantil insistió en seguirse dando para ese tráfico. Aunque durante años el derecho mercantil moderno continuó conservando su carácter de ser un derecho de la profesión del comerciante, con la legislación de Napoleón en 1807, sucedieron dos hechos importantes: en primer lugar, se promulgó un código propio para el comercio; y, en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciantes siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante.

Nace así la etapa objetiva del derecho mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a no pocos códigos en el mundo moderno. Por otro lado, las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntalando el funcionamiento del sistema capitalista.

En la actualidad el derecho, como totalidad, refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social. Pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo, es en el derecho mercantil. Este derecho está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista. Las crisis, renovaciones, la complejidad de contradicciones se manifiesta en el contenido de normas. Algunos autores lo tipifican como el derecho del sistema capitalista, aunque a veces los términos se usan con poca propiedad.

En el principio puede decirse que el derecho mercantil se ha desarrollado con fortaleza a la luz de la doctrina liberal, en tanto está pregonada la libertad individual y por consiguiente, la libertad de comercio. Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX y ya para finalizar la segunda, se practicó la idea de limitar la autonomía de la voluntad, base esencial de la libre contratación, y de hacer que el Estado interviniera como sujeto de actividades comerciales.

En algunos casos se hizo en forma absoluta, como en los llamados países socialistas, y

en otros regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía.

Para aquellos estados que no llegaron a ser expresiones de una economía socialista en su totalidad, fue común encontrarlos como banqueros, como transportistas, como prestadores de servicios, etc. Esto influyó en el derecho mercantil, al grado de tenerse la impresión de que este derecho estaba destinado a desaparecer, para convertirse en un derecho administrativo mercantil, para el día en que el Estado fuera único sujeto que practicara el comercio. Sin embargo, a partir de la desintegración del bloque de países socialistas, ocurrida principalmente con la extinción de la Unión Soviética, la teoría y la práctica del derecho mercantil se replantea sobre la base de sujetarse a algunos puntos guías de la actividad comercial y de las leyes y costumbres que lo rigen. Estos puntos pueden sintetizarse así:

- a. Retirar al Estado de la función de sujeto comerciante.
- b. Que en el desarrollo del comercio no haya monopolios ni privilegios; y,
- c. Adaptar la legislación nacional a la práctica de una economía mundial globalizada.

Cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía, particularmente en el mundo del comercio, no debe considerarse esa intención como una receta universal. Si una sociedad, como sucede en países considerados con atraso económico y social, existen con evidentes desigualdades, no es válida la tesis de

convertir al Estado en un mero arbitro de los intereses que expresan la existencia humana. Habrá áreas de la vida de los ciudadanos en donde es una necesidad la intervención del Estado, tal el caso de la educación, la salud, la seguridad, la vivienda mínima; pero no se justifica en actos de comercio; no debe ser acto de gobierno comercializar productos lácteos o granos básicos, transportar personas o cosas.

Sin embargo, debe estar también a los fines del comerciante, sea éste individual o social. Es propio o de su interés desarrollar actividades comerciales con el pensamiento puesto sólo en la ganancia. De ahí que deba existir una legislación que, entre otras protecciones, garantice lo siguiente:

1. Prohibir los monopolios y los privilegios porque niegan la base de la actividad comercial que es la libertad de competencia; y
2. Establecer normas imperativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante, con la finalidad de proteger al consumidor. Por ejemplo, no debe permitirse que se induzca al consumo de bienes y servicios carentes de calidad; o que se capten ahorros por parte de sociedades mercantiles inadecuadas para ello por su forma, sólo para dar dos ejemplos. Y si bien es cierto que el comercio debe ser fluido, el ordenamiento jurídico que lo rija debe garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y la satisfacción de las necesidades de las personas que en ellas intervengan.

El derecho mercantil moderno principia a partir de los grandes descubrimientos geográficos, así vemos cómo España adquiere un gran desenvolvimiento en el comercio, y por ello mismo, en la legislación mercantil.

1.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco

El derecho mercantil mexicano, tanto entre los aztecas como entre los mayas y en todos los Imperios de México, se realiza una importante actividad comercial, en la cual los comerciantes ocupaban un honroso lugar en la sociedad.

“Con la conquista de México, se implanta la legislación española; nos rigen inicialmente las Ordenanzas de Burgos y Sevilla y más adelante las ordenanzas del consulado de México (Leyes promulgadas por la Corporación Mexicana en 1604).

Las Ordenanzas de Bilbao fueron nuestro código de comercio en los últimos años de la colonia y vigentes hasta 1854, fecha en que se promulgó el Código de Laredo, primer código del México independiente.

El 15 de diciembre de 1883, la materia mercantil quedó federalizada, y el 20 de abril de

1884 se promulgó el segundo código de comercio de México independiente”¹¹.

Este código tiene una corta vida, ya que fue sustituido por el de 1889, vigente desde 1890. El código de 1889 en su época fue una buena ley, en la actualidad se ha venido acentuando su obsolescencia y por lo tanto urge una nueva legislación que esté de acuerdo con la realidad que se vive en relación con la materia comercial o mercantil.

Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La recopilación de Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y Ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio.

“La capitanía general del reino de Guatemala estaba sujeta al Virreynato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. En esa cédula: se dispuso que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de más aceptación en Metrópoli. La cédula que creó el Consulado importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces

¹¹ WWW.rinconjuridico.com. (consultado: 12/02/2018).

especiales el conocimiento de los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza”¹².

El derecho comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona, que a lo de los propios comerciantes, ya que: “La política económica del Estado español en las Indias estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el nuevo continente. Esta política se basaba en dos principios el exclusivo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos”.

Bajo dichas tesis el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado el desarrollo económico de la región.

“Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las Leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio. El hecho de haberse formulado esos códigos para pueblos de idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que le restó positividad”¹³.

¹² **Ibid.** Pág. 12.

¹³ Villegas Lara. **Op. Cit.** Pág. 12.

Aunado a eso, la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el establecimiento de evolución legislativa, ya que se volvió a la legislación española, al grado que los estudios facultados de derechos se hacían sobre las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Como consecuencia, se volvió al Consulado de Comercio y se introdujeron algunas variantes de procedimiento, advirtiéndose que la vigencia de ese régimen era temporal; pero la verdad es que rigió durante todo el gobierno carrerista y se prolongó hasta la renovación legislativa impulsada por la revolución de 1877.

Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. En el año de 1877, al promulgarse los nuevos códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una ley especial de enjuiciamiento mercantil. La comisión redactora del código, al informar del mismo, asentaba: “La comisión no se lisonjea de que su proyecto sea original. En materia de legislación, y principalmente de legislación comercial muy poco o nada puede decirse de nuevo.

La comisión lo que ha hecho es examinar las necesidades y las tendencias del comercio de la República, y buscar entre los códigos más reputados de Europa, y particularmente de América, los principios y reglas que mejor satisfagan las necesidades que correspondan a esa tendencia. No ha destinado tampoco la comisión en sus trabajos los usos establecidos en el comercio de la república, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal, o el

signo de una necesidad legal; o el signo de un progreso y conservado todos aquellos que deben respetarse por su tendencia a facilitar las transacciones comerciales.

A diversos autores del siglo XX corresponde la observación de que, sin negar variantes en el contenido de todos los actos y contratos mercantiles, se parecen por demás a los de índole civil; lo cual permite moldearlos unitariamente en un texto legal sin prescindir de las instituciones más específicas en regulaciones adicionales. Pese a lo certero de ese análisis, por inercia legislativa continúan en vigor los códigos de comercio de casi todos los países, promulgados en su mayoría en el siglo XIX¹⁴.

Menor éxito tiene la independencia de lo mercantil en lo procesal, donde el fuero comercial subsiste en pocos países, ante la evidencia de que los jueces comunes están capacitados para el fallo de las cuestiones jurídicas del más variado contenido.

1.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco

El Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala es el que centraliza este tema, indicando que: Se reconoce la libertad de industria, comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

¹⁴ Microsoft Internacional, **Diccionario encarta 2004**.



En principio, debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios. Ahora bien, la idea doctrinaria y la legal rebasa al simple intermediario para darnos una concepción más amplia del comerciante.

Hay dos clases de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros como el texto lo indica, son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial; y los segundos, las sociedades mercantiles.

El comerciante individual es el sujeto que ejercita una actividad en nombre propio y con finalidad de lucro, mediante una organización adecuada. Lo que caracteriza al comerciante que ejercita actos de comercio, de aquel que no es comerciante pero si realiza actos de comercio, es la habitualidad, es decir, el comercio es el medio de vida.

Son comerciantes sociales, las sociedades organizadas bajo la forma mercantil, con calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto; y, quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refiera a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas.

El plazo de la sociedad principia desde la fecha de inscripción de la misma en el



Registro Mercantil. Las sociedades mercantiles pueden constituirse por los plazos siguientes:

- a. Por plazo determinado: cuando se fija el momento en que la sociedad finalizará su actividad, aunque los socios pueden prorrogarlo;**
- b. Por plazo indefinido: cuando los socios no señalan el momento de finalización de la actividad.**

La razón social se forma con el nombre y apellido de uno de los socios o con los apellidos de dos o más de ellos, con el agregado obligatorio de la leyenda que corresponde al tipo de sociedad mercantil de que se trate.

La denominación social, ésta que es propia de la Sociedad Anónima, pero que es alternativa a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y que puede formarse libremente con el agregado obligatorio de la leyenda Sociedad Anónima, que podrá abreviarse S.A. La denominación podrá contener el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, pero en este caso, deberá igualmente incluirse la designación del objeto principal de la sociedad.

El domicilio es el lugar donde tenga su asiento principal la sociedad y debe determinarse en la escritura pública de constitución de la misma. En caso de que existan agencias o sucursales de la sociedad, las sedes de éstas se considerarán el domicilio de la misma, aun cuando se encuentren en lugares distintos del domicilio

social, para los efectos legales de los actos o contratos que las agencias o sucursales celebren o ejecuten.

Los elementos personales los constituyen las personas individuales o jurídicas dedicadas al comercio y cuando la actividad se hace en colectivo son denominados socios. Para la constitución de una sociedad mercantil es necesaria la pluralidad de socios.

El contrato social es el objeto de la sociedad, es el conjunto de obligaciones de los socios, deberes que nacen al momento de otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad mercantil. Este es diferente al fin social y al objeto social.

Las aportaciones dinerarias es la forma más común de hacer los aportes de capital y consiste en la entrega de dinero en efectivo en la cantidad, forma y plazo pactado en la escritura social.

Las aportaciones no dinerarias pueden ser de diversa naturaleza: inmuebles, muebles, patentes de invención marcas de fábrica, nombres comerciales, valores inmobiliarios, acciones, créditos, estudios de prefactibilidad y factibilidad, costos de preparación de la empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que sean susceptibles de valoración pecuniaria; no aceptándose como tal las simple



responsabilidad del socio, que se daría, por ejemplo, en el caso de que se conviniera en forma simple que un socio aporte sólo un compromiso de responder de las obligaciones sociales, lo que no es permitido por la ley porque sería un aporte ficticio.



CAPÍTULO II

2. Contratos mercantiles

Los contratos mercantiles son los convenios, transacciones o acuerdos a que llegan las personas individuales o jurídicas en las relaciones comerciales para asegurar la perfección y cumplimiento de la transacción acordada.

2.1. Obligaciones mercantiles

“Contrato mercantil, es el peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”¹⁵.

El Artículo 1283 del Código Civil, establece “La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine”. Si este fuera

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 356.

el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente.

Por su parte los Artículos 675 y 676 del Código de Comercio, señalan que en concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente.

En cuanto a la mora, es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con su obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos.

En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles.

Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito

y cuando hay pacto en contrario.

La retención, es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.

En tal virtud, el incumplimiento del deudor ante el acreedor, da lugar para que este último retenga bienes que se encuentran en su poder, pero que son del deudor, a fin de coaccionarlo para que cumpla con su obligación.

2.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado

En cuanto a la forma, en lo mercantil los contratos se encuentran simplificados, no están sujetos para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedan vinculadas en los términos en que se quisieron obligar, aunque cuando ha de surtir sus efectos en Guatemala, debe hacerse en español. Hay contratos, sin embargo, que exigen determinada solemnidad, como la escritura pública en el contrato de fideicomiso y en el de constitución de sociedad.

En cuanto al perfeccionamiento hay teorías, a saber:

- a. Teoría de la declaración:** El contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;
- b. Teoría del conocimiento:** El contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;
- c. Teoría de la expedición:** El contrato se perfecciona cuando el aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;
- d. Teoría de la recepción:** El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción.

Al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones

objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el Artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida).

En cuanto al contrato prerredactado: Se considera que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce el ánimo y esfuerzo de las partes y también la pérdida de tiempo.

Se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

Contrato mediante formularios. Su interpretación se rige por las siguientes reglas:

- a. Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario;
- b. Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos.

2.3. Singularidad de los contratos mercantiles

La forma del contrato hace referencia al modo como se manifiesta o declara la voluntad de las partes, y por ende, como se perfecciona el contrato; la voluntad debe exteriorizarse de algún modo, verbal, escrito, o en ocasiones por medio de *facta concludentia*. En el derecho mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma, a menos que para contratos determinados el código o leyes especiales indiquen formas o solemnidades necesarias.

El contrato entre ausentes, cuando geográficamente oferente y aceptante están separados, que se perfecciona eligiendo entre cuatro momentos distintos:

- a. Declaración de la aceptación;
- b. Emisión de ésta al oferente;
- c. Recepción por éste de la aceptación;
- d. Conocimiento por el oferente de la aceptación.

El Código Civil se inclina por el último mientras que el de comercio por el primero al afirmar que los contratos se perfeccionan desde que se contesta la propuesta por correspondencia. En este sentido se puede hablar de contratos electrónicos o digitales, que son los más modernos hasta el momento, en los cuales se pueden hacer

negociaciones a larga distancia, es decir, entre países de diferentes continentes, existiendo claves para su realización.

El perfeccionamiento de los contratos mercantiles, al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se da por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Pese a esta coincidencia, en la perfección de los contratos mercantiles concurren algunas singularidades, que se exponen a continuación:

- a. La forma del contrato es libre, carente de solemnidades como lo regula el Artículo 671 del Código de Comercio.**

- b. Se refiere a los contratos estipulados entre ausentes, personas que se encuentran a distancia (contrato por teléfono o fax). Para resolver el problema de cuándo se perfeccionan estos contratos, debe elegirse entre cuatro momentos: declaración de la aceptación; emisión de ésta al oferente; recepción por éste de la aceptación; o conocimiento por el oferente de la aceptación. Mientras que en el derecho civil elige el último momento para reputar perfecto el contrato entre ausentes, el derecho mercantil se inclina por el primero.**

2.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles

Los contrato mercantiles son las relaciones o transacciones que se celebran entre personas individuales o jurídicas con fines comerciales, mientras que los contratos civiles son aquellos que mediante la voluntad de las partes se llegan a acuerdos con el fin del cumplimiento de una obligación relacionada con la ley civil.

2.4.1. La obligación mercantil

La prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio. Sin duda para demostrar su carácter práctico, a tenor de los comerciantes, el legislador mercantil no se "entretiene" en establecer una teoría legal de las obligaciones mercantiles. Tanto el Código de Comercio Argentino como el Español se remiten, en los primeros preceptos que a los contratos dedican, a los principios generales relativos a ellos y a las obligaciones establecidas en el derecho civil o en el derecho común, respectivamente.

Según Vásquez Martínez: Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste acreedor le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito)

para pretender tal prestación. Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al campo mercantil pues desde un punto de vista jurídico-estructural no puede haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles. Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

2.5. Características del contrato mercantil

- a. Es un contrato de cambio que procura la circulación de la riqueza dando una cosa por dinero (Artículo 1790 del Código Civil).
- b. Es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento. El Código Civil lo expresa al disponer que "el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". (Artículo 1791 del Código Civil).
- c. Es un contrato oneroso, puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y del vendedor.

- d. Es un contrato bilateral, desde luego que produce obligaciones recíprocas entre las partes (Artículos 1791, 1809 y 1825 del Código Civil).
- e. Es un contrato generalmente conmutativo, pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.
- f. Es un contrato traslativo de dominio, en el sentido de que sirve por si solo para la transferencia de la propiedad. El Artículo 1790 del Código Civil dice que el vendedor "transfiere la propiedad".

El Artículo 4 del Código de Comercio, indica que en lo mercantil, el objeto más frecuente y típico de la compraventa es la mercadería, entendiéndose por tal los bienes muebles en cuanto forman el objeto del tráfico mercantil. Es preciso también tener en cuenta que el Código de Comercio al referirse a las cosas mercantiles enumera a título de ejemplo y como expresamente regidos por él: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y los anuncios comerciales.

De consiguiente, otras cosas que no son mercaderías constituyen también el objeto de la compraventa mercantil, de tal manera que puede decirse que toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación

mercantil y no se trata de cosas inalienables. En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil.

Dentro de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa mercantil hemos mencionado a la empresa y sus elementos. Lo que caracteriza a la venta de una empresa es que, "además de la enajenación de todos los bienes que la componen, provocará la sucesión en sus contratos, así como la cesión de sus créditos en favor del adquirente". El régimen de transmisión de la empresa mercantil lo establecen los Artículos 656 y siguientes del Código de Comercio.

Los Artículo 1579 al 1582 del Código Civil, refieren que el contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas que los contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución.

Por su parte el Artículo 1583 del Código Civil, relaciona que tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio.

4.6. Características esenciales de las obligaciones mercantiles frente a las civiles

- a. **Exigibilidad:** La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine (Artículo 1283 del Código Civil). Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil.

Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio);

- b. **Mora:** Es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con su obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean



exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.

- c. **Derecho de Retención:** Es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.
- d. **Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado.**





CAPÍTULO III

3. Tarjetas de crédito

Las tarjetas de crédito son documentos privados que son utilizados en las transacción de pago en vez de hacer cancelaciones con dinero en efectivo.

3.1. Disposiciones generales

Las tarjetas de crédito son tarjetas de pago que sirven de camino a una fuente de crédito. Las mismas las otorga una institución, comúnmente bancaria, a sus clientes mediante la suscripción de un contrato de adhesión, en las que lleva una línea de crédito.

“Las tarjetas de crédito son títulos impropios expedidos en general por entidades de crédito que sirven como instrumento de pago en las adquisiciones de bienes y servicios en establecimientos mercantiles y como instrumento de crédito frente a la entidad emisora de acuerdo con lo establecido en el contrato de emisión”¹⁶.

Son de gran funcionalidad debido a que permiten pedir prestado, gastar o solicitar un plazo de préstamo, además de que pueden ser utilizadas internacionalmente. Sus usuarios tienen limites con la cantidad a cargar, pero no se les requiere que paguen la cuantía total cada mes.

¹⁶ Fundación Tomás Moro. Op. Cit. Pág. 953.

Cuando se compra con una tarjeta de crédito, normalmente la entidad financiera carga el importe en cuenta. Puede ser sin intereses o con intereses, depende del plan. Si se toma el plan de pago sin intereses y no cubre el abono completo del mes, el saldo se convierte en una deuda común de la tarjeta y se paga intereses por él.

3.2. Regulación legal

Las tarjetas de crédito están reguladas en el Código de Comercio y en reglamentos, teniendo con leyes conexas el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil, tanto en las negociaciones como en los títulos ejecutivos para su trámite procesal.

3.2.1. Regulación en la legislación civil

El Artículo 1283 del Código Civil, indica “Si el negocio no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración.

También fijará el juez la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor”.

La obligación del contrato de la tarjeta de crédito está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine.

“Entre el sujeto activo y el pasivo de la obligación media un vínculo o relación de derecho, por cuya virtud el deudor queda ligado para con el acreedor y obligado, por tanto, a satisfacer la prestación prometida. Una antigua tesis, que se pudiera denominar tradicional, sostiene que el vínculo tiene el efecto de producir una verdadera y propia sujeción de la persona del deudor, construyéndolo, por tanto, como una relación de persona a persona”.¹⁷

La obligación constituye una relación jurídica y ello, lógicamente, supone el enlace entre, por lo menos, dos personas: el llamado sujeto activo y acreedor, que es el señor del crédito, y, por tanto, el que tiene derecho a exigir y recibir la prestación en que la obligación consiste, y un sujeto pasivo o deudor, que es el obligado a realizar; es decir, aquel sobre quien pesa el deber de desarrollar cierta actividad en beneficio del acreedor.

En la titularidad activa o en la pasiva puede subsumirse tanto la persona física como jurídica. Las condiciones de capacidad serán las generales para contratar, si bien en algunas obligaciones se exige una capacidad determinada, como sucede con la obligación positiva de dar.

Consideración cuantitativa de los mismos. Tanto el lado activo como el pasivo de la obligación pueden estar integrados o bien por una sola persona que es el fenómeno común y corriente o bien por varias; dándose entonces lugar a las llamadas obligaciones, que pueden serlo por el lado del crédito, de la deuda, o por ambos polos a

¹⁷ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 32.

la vez. Sin perjuicio de estudiar estos supuestos de pluralidad de sujetos, estas obligaciones pueden ofrecer los aspectos siguientes:

1. Obligaciones pluripersonales, bien del lado activo como el pasivo, en las que los sujetos situados en uno u otro plano aparecen unidos por la disyuntiva de entregar tanto al acreedor como al deudor. Éstas son obligaciones disyuntivas, que deben regirse por las reglas de las obligaciones condicionales, de las solidarias o, más bien, atender a la intención de las partes para disciplinarlas.
2. Obligaciones subjetivamente conjuntas, en las cuales los sujetos aparecen enlazados por la copulativa, en las cuales los deudores, dos o más, deben entregar al acreedor. Estas son las llamadas obligaciones conjuntivas. Pero esa conjunción puede presentarse de dos maneras:

Una conjunción de mera apariencia, existiendo en realidad diversos créditos o deudas. Éstas son las obligaciones llamadas mancomunadas simples, en las que cada acreedor no puede impedir, ni cada deudor tiene que prestar, nada más que la parte que le corresponde en la obligación, no se puede reclamar del deudor nada más que la parte proporcional de la deuda.

Una conjunción de mayor intensidad jurídica, estableciéndose la obligación de tal manera que cada acreedor puede impedir, y cada deudor tiene que prestar el contenido íntegro de la prestación, por lo cual los acreedores tiene una titularidad plena de cobro, y los deudores una obligación absoluta de pago. Éstas son las

obligaciones llamadas solidarias porque el acreedor puede exigir el pago a varias personas.

En las obligaciones subjetivamente conjuntas, en las cuales la naturaleza especial de la prestación sobre las personas ofrece un particular enlace. Éstas son las obligaciones indivisibles, en las que la calidad de la prestación no admite fraccionamiento, so pena de dejar insatisfecho el interés del acreedor como, por ejemplo, la obligación de entregar una mesa, que no se puede realizar entregando sus partes.

En la determinación de los sujetos de la obligación las personas que integran el polo activo o el pasivo de una obligación pueden, en orden a su determinación, encontrarse en las situaciones siguientes:

1. Completa y absolutamente determinada: Esto es lo que se pudiera llamar el supuesto general y más común, ya que lo lógico es que al contratar se precise bien quién es el que tiene derecho de exigir y el que tiene la obligación de prestar. Por consiguiente, estando ya determinadas las personas, para que pase esa obligación en el lado activo o en el pasivo a terceros, será necesario que se realice la transmisión del crédito o de la deuda.
2. Perfectamente determinada una de las partes en el momento de crearse la obligación, pero determinada la otra que, no obstante, se fijará de acuerdo con las bases o elementos en ella establecidos: El supuesto de indeterminación es más

frecuente con respecto al acreedor, ya que parece esencial a las obligaciones el tener un sujeto pasivo determinado; pero ello no obsta para que se pueda dar una inicial indeterminación del deudor.

El Código de Comercio contiene las siguientes disposiciones:

El Artículo 757 del Código de Comercio, establece: "Las tarjetas de crédito deberán expedirse a favor de personas determinadas y no serán negociables. Deberán contener el nombre de quien las expide y la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extienden. También deberá expresarse en ellas el territorio y plazo dentro del cual son válidas".

El Artículo 752 del mismo cuerpo legal preceptúa: "El tomador no tendrá derecho alguno contra el dador, sino cuando haya entregado en efectivo el importe de la orden de crédito, o satisfecho su importe en otra forma, casos en los cuales el dador estará obligado a restituir lo recibido si la carta no fuere pagada, por cauda imputable al dador y resarcir los daños, y perjuicios. Si el tomador hubiere dado fianza o garantizado de otro modo el importe de la carta, y ésta no fuere pagada, por causas imputables al dador. Éste estará obligado al pago de los daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios a que este artículo se refiere, no excederán de la quinta parte del importe de la suma que no hubiere sido pagada, además de los gastos causados por el otorgamiento de la garantía".

El Artículo 753 del Código de Comercio, indica: "El dador de una carta orden de crédito, salvo en el caso de que el tomador haya entregado en efectivo el importe de la carta o lo haya satisfecho en otra forma, podrá revocarla en cualquier tiempo, poniéndolo en conocimiento del tomador y de aquél a quien fuere dirigida".

El dador de una carta orden de crédito quedará obligado hacia la persona a cuyo cargo la dio, por la cantidad que ésta pague en virtud de la carta, dentro de los límites fijados en la misma.

Cuando en ella no se indique otro, el plazo de una carta orden de crédito será de un año, contado desde la fecha de su expedición. Pasado el plazo que en la carta se señale, o en su defecto, transcurrido el que indica este artículo, la carta quedará cancelada.

El tomador deberá rembolsar al dador todas las cantidades que éste hubiere pagado en virtud de la carta, más los intereses legales sobre dichas cantidades; estas sumas se pagarán tan pronto las haya hecho efectivas al dador, salvo pacto en contrario.

3.2.2. Clases de tarjetas de crédito

Los emisores de las tarjetas de crédito ofrecen una gran variedad de tarjetas de crédito con múltiples ventajas:

Tarjeta Aurora Mastercard: para realizar compras y pagarlas fijando la cuota que desee pagar al mes.

Tarjeta Visa Actual: consigue, según el emisor, importantes descuentos en las compras que realice.

Tarjeta Visa Adapta: con el sistema de pago aplazado se puede establecer y modificar las mensualidades a pagar. Consigue descuentos en las compras que realice.

Tarjeta Visa Inicia: sin comisiones en cajeros.

Entre las más conocidas del mercado están: Visa, American Express, MasterCard y Diners Club, JCB, Discover, entre otras. Las grandes tiendas y almacenes del mundo también emiten tarjetas de crédito para sus clientes.

Los usuarios tienen límites con respecto a la cantidad que pueden cargar, pero no se les requiere que paguen la cantidad total cada mes. En lugar de esto, el saldo (o "revolvente") acumula interés. Se puede hacer sólo un pago mínimo pagar intereses sobre el saldo pendiente. Si se paga el saldo total, no se pagan intereses.

Actualmente existe un gran rango de tecnologías disponibles para las tarjetas de crédito.

La tarjeta de crédito con microchip, utilizada en algunos países (como Francia), fue desarrollada según las patentes del inventor francés Roland Moreno. Esta tecnología, en la que un circuito electrónico integrado a la tarjeta realiza la mayor parte de los controles de relativos al uso de la tarjeta, ofrece más seguridad al usuario y al banco emisor.

En efecto, el microchip integra dispositivos de protección electrónica que impiden su violación o la lectura sin autorización de las informaciones que contiene. Sin embargo, las tarjetas de crédito con microchip no están todavía utilizadas en la mayoría de los países.

Poco a poco, la tarjeta plástica como tal está dejando de ser utilizada y se desarrollan nuevos dispositivos de soporte (celulares, PDAs) con una estructura comercial de negocio similar a la que actualmente existe en las tarjetas de crédito.

3.2.3. Obligaciones de la entidad emisora

La sociedad emisora contrata con el establecimiento comercial- en verdad con el titular- en cuya virtud este se obliga a aceptar la tarjeta de crédito presentada por el usuario y proveerle el correspondiente bien o servicio. A su vez, la entidad emisora se compromete a pagar al comerciante el importe de la adquisición efectuada por el titular de la tarjeta, previa deducción de una comisión.

Las obligaciones que asume la sociedad emisora de la tarjeta de crédito ante el comerciante adherido solo son exigibles por éste (salvo cesión de su crédito), previa suscripción del respectivo comprobante (cupón o boleta) por el titular de la tarjeta, siempre que el comerciante haya actuado conforme a la naturaleza y tipo de las operaciones que concierne, y cumplido con los requisitos establecidos en el contrato que lo vincula jurídicamente con la emisora.

Lo previsto entre la empresa emisora de la tarjeta y el comerciante adherido es ajeno al usuario, por cuyo motivo este carece de interés legítimo para negarse a pagar a la emisora invocando una supuesta falta de pago de la deuda que puede tener ésta con el comerciante.

3.2.4. Obligaciones del cuenta habiente

El titular de la tarjeta quedará obligado a pagar sus adquisiciones a la empresa emisora a partir del cierre de cada periodo y posterior puesta a su disposición de la liquidación pertinente.

La fecha de cierre de cada liquidación periódica es mecanismo privativo de la entidad emisora, salvo que ésta se haya comprometido en el contrato a efectuar dicho cierre siempre en el mismo día calendario.

El titular de la tarjeta de crédito establece su relación contractual solo con la entidad emisora, de modo que esta es la única legitimada para atender el reclamo efectuado por el titular por el reintegro de importes indebidamente imputados y cobrados.

El titular de una tarjeta de crédito o débito, asume la obligación de responsabilizarse de su conservación y uso correcto, así como del número PIN, si tuviera.

En caso de pérdida o robo, está obligado a avisar de inmediato a la entidad emisora. Desde el momento de la comunicación el titular queda, en principio, libre de responsabilidad por el uso indebido de la tarjeta. Es decir, no podrán cobrarle por los pagos que otra persona realice de forma fraudulenta, después de que el titular haya dado el aviso. Por el contrario, hasta el momento del aviso normalmente le corresponde al titular afrontar tales pagos.

Si alguien conoce el número de tarjeta, la fecha de caducidad y su nombre, podría incluso realizar compras por Internet, sin necesidad de tener la tarjeta físicamente en su poder.

La mayor parte de las entidades de crédito fijan en ciento cincuenta dólares el límite de responsabilidad del cliente si otra persona usa su tarjeta de modo fraudulento antes del aviso de pérdida o robo. Sin embargo, esa limitación no funciona si el titular ha cometido una negligencia grave. Por ejemplo, si no ha tomado medidas razonables para proteger la tarjeta y el número secreto o si avisa con mucho retraso de la pérdida o robo.

El cuentahabiente está obligado a conservar y usar bien sus tarjetas y los datos confidenciales.

Para cumplir con sus obligaciones, el titular debe tener presente los siguientes consejos:

- 1. Proteger siempre sus tarjetas como si fueran dinero en metálico.**
- 2. Firmar la tarjeta en el momento de recibirla, para que nadie más pueda hacerlo.**
- 3. Guardar los documentos que acompañan a la tarjeta en un lugar seguro.**
- 4. No anotar nunca el número secreto junto a la tarjeta, ni lo lleve en el mismo bolso.**
- 5. Memorizar el número para no tener que llevarlo escrito.**
- 6. No utilizar como número secreto datos fáciles de adivinar como el día de su cumpleaños.**
- 7. Ser discreto y proteger su confidencialidad cuando opere con la tarjeta, tanto en establecimientos como en cajeros.**
- 8. Si no se hace uso habitual de la tarjeta, compruebe periódicamente que sigue en su poder.**
- 9. Conservar los comprobantes de compra y compruebe los con los cargos cuando reciba su extracto mensual. Si detecta algún cargo dudoso o algún error, informe a entidad emisora de ello cuanto antes.**
- 10. Llevar el número de teléfono que le haya facilitado la entidad para llamar en caso de emergencia por si tiene que comunicar la pérdida o robo, pero llévarlo siempre en lugar separado de la tarjeta.**

- k. Nunca deje a la vista su número de tarjeta (como en el exterior de un sobre, o en una postal) ni lo facilite a ningún desconocido.
- l. Guarde bien o destruya toda la documentación que contenga su nombre y número de tarjeta (como los recibos). Es más, no tire los recibos a la basura. Es más seguro cortarlos en pedazos para que nadie pueda obtener la información.
- m. Lleve sólo las tarjetas de crédito que realmente utiliza, sobre todo en los viajes.
- n. No utilice nunca una tarjeta de crédito como identificación personal.

3.3. Los intereses

Son un provecho, utilidad o ganancia que perciben los propietarios de bienes económicos o mercantiles por la utilización de los mismos.

3.3.1. Definición

Es aquel cargo que un deudor le paga a un acreedor por el uso del dinero que éste último le proporciona. Por lo regular se manifiesta como una tasa de porcentaje anual, la cual se le llama tasa de interés.

“Interés es provecho, beneficio utilidad, ganancia. Lucro o rédito de un capital; renta. Importe o cuantía de los daños o perjuicios que una de las partes sufre por incumplir la otra la obligación contraída. Valor de una cosa. Parte o acción en empresa, sociedad o negociación. Importancia o transparencia. La atracción o motivo de curiosidad y

estímulo para el ánimo. Relación más o menos directa con una cosa o persona que, aun sin estricto derecho, permite ejercer una acción procesal”¹⁸.

3.3.2. Intereses corrientes

Es el promedio de las tasas que cobran o pagan las entidades financieras a sus usuarios durante un determinado tiempo, estas tasas que cobran los bancos no son libres pues deben estar entre los límites fijados en la tasa de referencia que da la junta directiva del banco de la república.

3.3.3 Intereses en mora

La mora consiste en el hecho, de interés para el acreedor, de que el deudor incurre en la misma, automáticamente cuando desatiende una obligación en el día señalado para su cumplimiento por pacto de las partes o bien por la ley. Cuando el plazo se incumple, la mora se produce de manera inmediata desde el día siguiente a aquél en que venzan o sean exigibles, y con ella el devengo de intereses a favor del acreedor (Artículo 677 del Código de Comercio). Si, por el contrario, la obligación mercantil no posee día fijo y expreso para su cumplimiento (legal ni convencional), la mora mercantil sólo existe si el acreedor interpela judicial o extrajudicialmente a su deudor, supuesto que sin interpelación no hay ni incumplimiento ni retraso, precisamente por no existir día fijo y determinado para su cumplimiento.

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Op. Cit.** Pág. 769.

Mora es la dilación retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación. Demora en la obligación exigible. Más estrictamente, esa misma dilación cuando es culpable o se refiere a cantidad de dinero líquida y vencida.

Un adagio latino contiene un concepto en que parece reflejarse el despecho de un acreedor frustrado antes que el enfoque neutro de un jurista: "Mora est injusta dilatio in adimplenda obligatio" (mora es la dilación injusta en el cumplimiento de una obligación)¹⁹.

Aun cuando el ejemplo típico de mora lo constituya quien no paga cuando debe, lo que debe y donde debe; es también moroso (incurre en mora) el que no entrega la cosa comprada al contado y pagada; el depositario que no devuelve la cosa depositada que le reclama el depositante; la de quien no quiere recibir lo que se le debe y se le ofrece en pago.

En efecto, aun siendo lo más habitual, no sólo existe la mora del deudor (la mora solvendi de los romanos), sino la mora del acreedor (mora accipiendi). También se distingue entre mora ex persona, cuando se trata de una obligación de dar. En las obligaciones de no hacer no cabe concebir la mora, porque no existe sino abstención o incumplimiento. Por el origen, la mora es ex lege o ex contractu, según quebrante una disposición legal o una cláusula convencional.

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **pb. Cít. Pág. 454.**

Como precepto básico, el Artículo 1.100 del Código Civil español, indica que: "Incurrir en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor, para que la mora exista:

1º. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2º. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple, empieza la mora para el otro".

Extinción. La de la mora, que es corriente de denominar también purga, se produce por la aceptación tardía del pago, sin reclamaciones resarcitorias adicionales; por la renuncia del acreedor a exigir las indemnizaciones legales o convencionales; por la compensación, singularmente en las obligaciones recíprocas; por el señalamiento de una prórroga; y por la prescripción.

El presupuesto material, pues, la mora es la tardanza. O sea, el retraso en el cumplimiento; pero la tardanza, por sí sola, no constituye el estado de mora; es preciso que medie la interpelación del acreedor o que sea la obligación cualificada en cuanto al

tiempo, por así determinarse en el vínculo, disponerlo la ley o deducirse de su naturaleza. Si la obligación no es cualificada, no hay mora sin interpelación. Los efectos son distintos: si hay tardanza sin mora, ya hemos dicho que sólo se produce un incumplimiento impropio en cuanto a la fecha. Si hay mora, se producen otros efectos singulares, sobre todo, como veremos en seguida, la *perpetuatio obligationis*.

Al ser la tardanza sin mora un incumplimiento impropio, por afectar simplemente al momento del pago, no debe producir más consecuencias que la indemnización de daños y perjuicios complementarios.

Si existe, pues, tardanza sin mora, hay un incumplimiento impropio, que debe dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios a que antes hicimos referencia.

La tardanza constitutiva de mora, es ya un “estado” especial que produce, como vamos a ver, consecuencias especiales. Procedamos, pues, al estudio de la mora.

A la vista de las anteriores consideraciones que puede definir la mora diciendo que es “el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación que, debido a su naturaleza o por virtud del requerimiento del acreedor, debe ser ya satisfecha, siempre que la tardanza no sea obstáculo para que aquélla pueda cumplirse después del vencimiento, con interés y utilidad para aquél” esta definición, si peca de excesiva descripción, tiene la ventaja de perfilar las notas características del estado de mora. Efectivamente, los requisitos de la situación de mora son los siguientes.

- a. Que exista un retraso en el cumplimiento de una obligación. Ya hemos dicho que todas las situaciones de incumplimiento, por afectar a la temporalidad de la obligación, tiene como presupuesto la tardanza. La mora (incumpliendo impropio específico en cuanto al tiempo) tiene, por tanto, como primer requisito, la tardanza; es decir, el retraso o falta de puntualidad en la fecha convenida. Por consiguiente, si la obligación no está todavía vencida, no se puede hablar de mora, y lo mismo ocurrirá respecto a aquellas pretensiones afectadas por una excepción dilatoria de espera o exclusión, ya que, a consecuencia de ellas, la pretensión ha de considerarse como todavía no vencida.
- b. Que el retraso en el cumplimiento sea culpable. La mora se cobija dentro de la rúbrica general del incumpliendo, y siendo éste, como dijimos, un acto injusto, le son aplicables los principios generales que gobiernan la teoría del mismo. Con arreglo a estos principios es necesario excepto en particularismo supuestos de desvío del puro pensamiento de culpabilidad un presupuesto subjetivo situado en la persona del autor, por cuya virtud se le reprocha su conducta, a base de su actividad culpable. La mora supone la culpa en sentido lato: no hay mora sin culpabilidad. Esta consecuencia fue discutida, sin embargo, en el derecho romano, aunque Pacchioni sostiene su plena admisibilidad en el mismo. En el derecho moderno, el requisito de la culpabilidad se establece en la mayoría de los Códigos (alemán, brasileño, etc.) y se presupone por los tratadistas.
- c. Que por la naturaleza de la obligación o el requerimiento del acreedor, la deuda deba ya ser satisfecha. Decíamos anteriormente que la deuda, en cuanto al tiempo,

puede ser muy cualificada, meramente cualificada o simple.

La deuda muy cualificada es aquella que encierra un término esencialísimo, considerado por las partes como fundamental en el negocio, de tal forma que, si se incumpla su fecha, más que mora hay incumpliendo total. La deuda meramente cualificada, en cuanto al tiempo, es aquella que por acuerdo de las partes, disposición de la ley o naturaleza de la obligación, no requiere la interpelación de acreedor para que pueda ser exigida inmediatamente. La deuda simple, en cuanto al tiempo (deuda moral), es aquella que exige la interpelación del acreedor, para que el deudor caiga en la situación de mora.

La mora del acreedor es la injustificada dilación, tardanza o entorpecimiento del titular del crédito en recibir el pago, la entrega de la cosa debida o en aceptar la prestación.

Son presupuestos para considerar en mora al acreedor:

- a. Licitud de la prestación del deudor;
- b. Ser pura o estar vencida;
- c. Ofrecimiento de cumplimiento total y realmente el deudor, en tiempo y lugar adecuados;
- d. Negativa injusta del acreedor a admitir el pago, ejecución o cumplimiento. Pueden también resumirse en estos dos hechos:
 - a. Una oferta legítima de cumplimiento por parte del deudor;

b. Una repulsa ilegítima de aquélla por parte del acreedor.

Es el retardo culpable e ilegal en el cumplimiento de la obligación. Para que el deudor incurra en mora debe medir requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

a. Cuando se haya estipulado que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación fue un motivo determinante por parte del acreedor.

Se advierte que, en definitiva, las notas habituales de la mora del deudor son:

- a. Como requisito básico, la existencia de una obligación líquida y exigible, es decir, vencida;**
- b. La culpa del deudor, por el retraso injustificado;**
- c. Interpelación o requerimiento del acreedor, para excluir toda idea de tácita prórroga e interrumpir la posible prescripción.**

El Artículo. 1428 del Código Civil, estipula: “El deudor de una obligación exigible se constituye en mora por la interpelación del acreedor”.

Artículo. 1429 del mismo cuerpo legal, establece: “El acreedor también incurre en mora cuando sin motivo legal no acepta la prestación que se le ofrece, o rehúsa realizar los actos preparatorios que le incumben para que el deudor pueda cumplir su obligación”.

El requerimiento para constituir en mora al deudor o al acreedor, debe ser judicial o notarial. La notificación de la demanda de pago equivale al requerimiento.

Artículo. 1431 del Código Civil señala: "No es necesario el requerimiento:

- 1º. Cuando la ley o el pacto lo declaran expresamente;
- 2º. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación de la época en que debía cumplirse la prestación, fue motivo determinante para que aquélla se estableciera;
- 3º. Cuando el cumplimiento de la obligación se ha imposibilitado por culpa del deudor, o éste ha declarado que no quiere cumplirla; y
- 4º. Cuando la obligación procede de acto o hecho ilícito".

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su prestación garantiza su cumplimiento de la parte que le concierne.

Establecidas legalmente la situación de mora, el deudor está obligado apagar al acreedor los daños y perjuicios resultantes del retardo, y corren a su cargo todos los riesgos de la cosa.

Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia



inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

El Artículo 1435 del Código Civil señala: "Si la obligación consiste en el pago de una suma de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal hasta el efectivo pago".

Las partes pueden fijar anticipadamente una cantidad que deberá pagar el que deje de cumplir la obligación, o no la cumpla de la manera convenida, o retarde su cumplimiento; la cual, en tales casos compensa los daños y perjuicios.

El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la cantidad convenida, pero no las dos cosas, a no ser que ésta se exija por el simple retardo o por el cumplimiento imperfecto.

Si la obligación hubiere sido cumplida en parte, imperfectamente o con retardo, procederá la reducción proporcional de la cantidad indemnizatoria, y si las partes no se pusieren de acuerdo, la fijará el juez.

En caso de exigirse la indemnización, el acreedor no está obligado a probar los daños y perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de pagarla pretendiendo probar que no los hubo.

La indemnización convenida anticipadamente por las partes no puede exceder de la

cuantía de la obligación principal.

La cláusula de indemnización será insubsistente cuando se trate de asegurar con ella el cumplimiento de obligaciones que no pueden exigirse judicialmente, salvo los casos expresamente consignados en la ley.

Las arras dadas en garantía del cumplimiento de una obligación, constituyen el equivalente de los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, siempre que mediare culpa; y si el incumplimiento procediere de quien las recibió, éste deberá restituir el doble de lo que hubiere recibido.

3.3.4. Intereses de capital

Se llama interés a la retribución fija del capital, a la que obtiene del empresario sin exponerse a los riesgos de la industria, y distinguimos el alquiler y el rédito, según que el interés corresponde a los capitales fijos o a los circulantes, porque tal nos parece la nomenclatura más acomodada a la significación y el uso de estas palabras.

Siendo el interés el precio del capital, el tanto que se paga por usarle, será como todas las retribuciones y todos los precios, natural y corriente: el interés natural consiste en el valor necesario para compensar los gastos que el capital hace al tomar parte en la producción y el beneficio que le corresponde, y el corriente, en la cantidad de riqueza que se da en el mercado a cambio del disfrute de los capitales: el primero se determina

según la índole del capital y del servicio que presta; el segundo conforme al resultado de la oferta y la demanda.

Los gastos del capital que forman la base del interés natural son de dos clases: de conservación, o sea los necesarios para remediar sus deterioros; y de amortización, que consisten en reemplazarlo cuando se extingue o pierde su eficacia: unos y otros dependen y se hallan en razón directa del valor del capital, de la intensidad con que obra y del riesgo a que se expone.

La cuestión relativa a la legitimidad del interés de los capitales en dinero o en cosas fungibles ha dejado de serlo desde que se ha reconocido que la naturaleza y los servicios del capital son esencialmente iguales, cualquiera que sea su forma; y ya los moralistas, teólogos y jurisconsultos admiten como lícito el interés corriente. El socialismo es el que pretende ahora que sea gratuito el préstamo de los capitales de todas clases, aunque incurriendo también en la contradicción de considerar legítimo el interés que percibe el dueño del capital cuando le aplica en la industria por sí mismo.

3.4. Análisis jurídico doctrinario

Con relación a los intereses generales de un capital, no se estima hecho el pago por cuenta de éste mientras no estén cubiertos aquéllos. Otro precepto fundamental en la materia lo configura que el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a ellos. Con respecto a los intereses vencidos, aun habiendo guardado silencio la obligación sobre

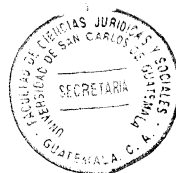


este punto, devengan la tasa legal desde que sean reclamados judicialmente, desde la fecha de interposición de la demanda.

La tasa del interés, o sea la fijación de su tipo máximo, que ha desaparecido ya de casi todas las legislaciones, es una institución que, además de atacar el derecho de propiedad y la libertad del cambio, es completamente ineficaz y aun contraproducente, porque perjudica a los mismos que intenta favorecer, restringiendo la oferta de los capitales. El límite legítimo del interés, distinto según las condiciones de cada caso, está en un beneficio proporcionado, porque quien abusa de la necesidad y la angustia de aquél que demanda un préstamo, aun cuando escape a la acción de la ley civil, será siempre un miserable, como dice enérgicamente un economista distinguido.

El interés de los capitales descende a consecuencia de todos los progresos económicos, porque cada día se forman en mayor cantidad, circulan y se aplican más fácilmente a la industria, y se gastan o deterioran menos en la confección de un producto determinado, sin que por esto disminuya, antes bien, crece la retribución de los capitalistas. Un capital que rinde anualmente el cinco por 100 deja mayor beneficio que otro que produce el ocho cuando aquél se consigue con menos trabajo que éste, si el primero está incesantemente colocado y el segundo ocioso muy a menudo, cuando el primero sufre poco en la industria y el segundo tiene que hacer un esfuerzo muy intenso, o se somete a graves riesgos.

El Artículo 1942 del Código Civil, estipula "Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual



cantidad de la misma especie y calidad”.

El Artículo 1943 del Código Civil, señala “La cosa objeto del mutuo se transmite para su consumo al mandatario y queda a su cargo la mejora, deterioro, depreciación o destrucción que sobrevenga después”.

El Artículo 1944 del código citado, del mismo cuerpo legal, indica “El mutuante es responsable de los daños que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no le dio aviso oportunamente.

No se reputan vicios ocultos los que el mutuario ha podido conocer por él mismo”.

Artículo 1946 del código bajo estudio.- Salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor y, a falta de convenio, se presumirá que las partes aceptaron el interés legal.

Artículo 1947 del Código Civil.- “El interés legal es igual al promedio ponderado de las tasas de interés activas publicadas de los bancos del sistema al día anterior a la fecha de su fijación, reducido en dos puntos porcentuales. En defecto de su publicación o en caso de duda o discrepancia, se solicitará informe a la Superintendencia de Bancos el cual tendrá carácter definitivo.”

Artículo 1948 del Decreto-Ley número 106.- “Las partes pueden acordar el interés que les parezca. Cuando la tasa de interés pactada sea manifiestamente desproporcionada



con relación al interés corriente en el mercado, el juez podrá reducirlo equitativamente, tomando en cuenta la tasa indicada en el Artículo 1947 y las circunstancias del caso."

Artículo 1949 del Código Civil, Reformado por el Artículo 117 del Decreto-Ley número 218.- Queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúa a las instituciones bancarias que se sujetarán a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria.

Artículo 1950 del código citado.- Si en el contrato no se ha fijado plazo para la restitución de lo prestado, se entenderá que es el de seis meses si el mutuo consiste en dinero; y si lo prestado fuere cereales u otros productos agrícolas, la devolución se hará en la próxima cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos.

Artículo 1951 del Código Civil, Reformado por el Artículo 118 del Decreto-Ley número 218.- En los préstamos de dinero, el pago de intereses caídos o de los incurridos después del vencimiento del plazo, no implicará prórroga de éste.

Artículo 1953 del código citado.- Si las cosas fueren apreciadas al tiempo del contrato, el deudor está obligado a satisfacer el valor que se les dio aunque valgan más o menos al tiempo del pago.

Artículo 1954 del código citado.- Si no fuere posible al mutuario restituir en género, podrá pagar el valor que la cosa prestada tenga el día que debiera ser devuelta.



Artículo 1955 del Código Civil.- El préstamo en dinero se arreglará para la restitución, a lo establecido en los Artículos 1395 y 1396.

Artículo 1956 de la ley citada.- El deudor de una suma de dinero puede anticipar el pago, pero cubriendo los intereses respectivos por todo el tiempo que falte para el vencimiento del plazo.

CAPÍTULO IV

4. La clonación de tarjetas de crédito y propuesta de solución

La clonación de las tarjetas de crédito en Guatemala se han hecho tan comunes, que a diario son efectuadas transacciones con tarjetas anómalas, por lo que es necesario darle una solución al problema para evitar, en lo posible, que continúe la clonación de éstas.

4.1. Clonación de tarjetas de crédito y su problemática

“Clonar es hacer una copia idéntica a otra, es reproducir con la mayor exactitud”²⁰.

En tal sentido clonar es la reproducción de un objeto, sea material o biológico, el fondo es reproducir una cosa a fin de que sea igual a otra.

La clonación es uno de los principales fraudes que sufren los usuarios de servicios financieros.

Las posibles causas de presuntos fraudes en tarjetas son:

a. Robo o extravío del plástico.

²⁰ Salvat Editores. **La enciclopedia**. Pág. 896.

- b. Clonación de la banda magnética en cajeros o terminales.
- c. Compras por teléfono o por internet.
- d. Transferencias electrónicas.
- e. Falsificación de datos personales.

En primer lugar, hay que saber que las personas que realizan este tipo de actividad actúan de diferentes formas, las cuales pueden ser:

- a. El Skimmer: Es un dispositivo electrónico que realiza una copia de la banda magnética de tu tarjeta, ya sea de crédito o débito, y a través de una computadora pasan tus datos a una tarjeta vacía.

Se hace necesario recordar que esta forma de clonación se realiza de manera rápida y dentro de cajeros automáticos o tiendas comerciales

- b. Gratificaciones falsas: Es cuando se realizan ofrecimiento de premios de sorteos. Aparentemente asignan por azar un premio como un viaje a un país exótico o el beneficio de una jugosa cantidad de dinero, pero el único requisito es que se proporcionen datos financieros.

- c. **Phishing:** Se comunican con la persona para informar que tiene problemas con algún producto o servicio financiero con el que se cuenta y piden información personal para verificar el tipo de problema.

Este tipo de clonación es común por correo electrónico y al ver datos y logos de instituciones financieras, hacen creer que son auténticas. Incluso se pueden ligar a sitios web que aparentan pertenecer a dichas instituciones, pero en realidad no lo son, es necesario tener presente que al darles toda la información personal, se les está dando la oportunidad para que estafen al cuentahabiente.

- d. **Las palomas:** Quien comete estas transacciones fraudulentas compra una USB o memoria extraíble con información de usuarios de cualquier Institución Financiera.

Posteriormente con la ayuda de una computadora, descarga dicha información a una tarjeta en blanco llamada "paloma"; es importante saber que dicha tarjeta no cuenta con banda magnética, ni logotipos de alguna institución financiera, sólo cuenta con un chip electrónico.

Una vez que tiene la tarjeta con toda la información del usuario, acude a diversas tiendas departamentales, de conveniencia o gasolineras y realiza cualquier tipo de operación para que al momento de ingresar la tarjeta pueda disponer de efectivo.

Para que el delincuente pueda tener el dinero en sus manos, anteriormente tuvo que relacionarse con el personal del lugar donde cree que podrá realizar el fraude y a cambio le ofrece una gratificación.

- e. Ofertas en servicios no solicitados: Viajes, autos, promociones de empresas conocidas o piratas que dicen darte beneficios con sólo demostrar que se es tarjetahabiente, o depositar alguna cantidad de dinero.

Aunque parecen legales, incluso tienen oficinas con personal, lo importante es que el tarjetahabiente no entregue en ningún momento tarjetas o identificaciones que puedan comprometerlo o a sus familiares.

Con esos datos pueden robar la identidad, incluso extorsionar.

- f. Robo de tarjeta: En caso de perder la tarjeta o que sea robada, alguien podría hacer mal uso de ella y proceder a la clonación.

4.2. Formas de clonación de tarjetas de crédito

Desde hace unos años se ha incrementado en el país la modalidad de robo por

clonación de tarjetas.

Para este tipo de robo, el dispositivo más utilizado es un 'Skimmer', un aditamento que se inserta en la ranura para la tarjeta en el cajero, el cual tiene una cámara para captar en video que cuando se teclea la clave, la graba instantáneamente y que además, al deslizar la tarjeta al interior, se captura la información de la banda magnética.

Cabe recordar que este tipo de aparatos no sólo es utilizado para clonar tarjetas en los cajeros, por lo que es necesario no perder de vista la tarjeta y conservar los comprobantes o vouchers para poder hacer la reclamación si aparecen cargos no realizados por el dueño de la tarjeta.

Para evitar el mal manejo de las tarjetas de crédito y débito, es necesario seguir las siguientes recomendaciones:

- a. No perder de vista tu tarjeta. En comercios donde se le entrega a un dependiente.
- b. No revelarla clave a nadie, ni lo llevarla apuntada. Es mejor Memorizarla.
- c. Al seleccionar la clave, evitar como la fecha de nacimiento, número de teléfono, número de apartamento, placa de auto, etc.

- d. Cuando se usa el cajero automático, o al hacer una compra en una tienda, cubrir el teclado con la mano o el cuerpo al introducir tu clave. Tomarla tarjeta y recoger el recibo, ya que este último suele tener información de la cuenta.
- e. Realizar las transacciones cuando y donde se esté más seguro, si por cualquier razón hay incomodidad en un determinado cajero, dejar la transacción para más tarde o dirigirse a otro lugar.
- f. Nunca se debe aceptar ayuda o sugerencias de extraños cuando se use el cajero automático.
- g. Revisa a detalle tu estado de cuenta. Verificar que el saldo corresponda al consumo.
- h. Destruir los estados de cuenta antes de echarlos en la basura. Igualmente destruir ofertas de crédito y otra correspondencia que contenga informaciones financieras, porque estos datos pueden usarse para el robo de identidad.
- i. Al detectar un consumo que no se ha realizado, notificarlo al banco de inmediato. Recordar que se tienen 90 días para recibir el reembolso por aquellas operaciones que no reconocidas siempre y cuando no hayan sido realizadas vía chip.

- j. Si existe temor de que hayan robado el número de cuenta, llamar al emisor y pedir que pongan un bloqueo sobre la cuenta y solicitar una tarjeta nueva con otro número.
- k. Antes de deslizar por segunda vez la tarjeta en la máquina, pedir al dependiente que espere a que llegue la autorización, así se evitarán cargos duplicados.

4.3. El delito cibernético

Los delitos cibernéticos son todos aquellos que se cometen haciendo uso equipos informáticos, internet y en ocasiones, también software malicioso o malware del tipo troyano.

El concepto de delito cibernético está asociado a la expansión de internet. En la actualidad, la mayoría de ciudadanos tienen una idea bastante precisa de lo que se ha dado con mucha frecuencia, aparece en todo tipo de medios de comunicación y es que los delitos cibernéticos se han multiplicado a medida que ha crecido el número de usuarios de internet, más aún con la proliferación de los dispositivos móviles, a través de los cuales no sólo reflejamos gran parte de nuestras vidas, sino que además realizamos a diario operaciones tan variadas como compras online u operaciones bancarias.

De hecho, durante el “Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal” organizado por la Organización de las Naciones Unidas que tuvo lugar en el año 2015, el conjunto de países participantes aprobaron una declaración acerca de la situación actual de los delitos informáticos de la cual destacamos el siguiente extracto:

A medida que Internet se ha convertido en una parte casi esencial de nuestras vidas, suministrando información y comunicación en todo el mundo, los delincuentes le han sacado provecho. Con unos dos mil millones de usuarios en todo el mundo, el ciberespacio es el lugar ideal para los delincuentes, ya que pueden permanecer en el anonimato y tener acceso a todo tipo de información personal que, a sabiendas o inconscientemente, guardamos en línea. Las amenazas a la seguridad en Internet se han disparado de forma espectacular en los últimos años, y el delito cibernético afecta ahora a más de 431 millones de víctimas adultas a nivel mundial.

Como se mencionó, todos los delitos cibernéticos tienen el común que suceden en internet y/o se emplean medios informáticos para ello. Por esta razón, el delito cibernético engloba en realidad cualquier hecho delictivo que, si bien antes sólo se realizaba en el mundo físico, ahora puede ser perpetrado a distancia, en internet, a través de herramientas y equipos informáticos. Esta es también la razón por la cual el “delito cibernético” como tal, es decir, con esa denominación, no existe en el Código Penal pues, dado que es el uso de sistemas informáticos lo que convierte un delito “normal” en delito cibernético, éste se encuentra repartidos a lo largo de todo el Código

Penal español, en todos y cada uno de aquellos actos delictivos en los que se hace uso de sistemas o equipos informáticos.

Fue tan pronto como en 1995 cuando el Manual de Prevención y Control de los Crímenes Informáticos de las Naciones Unidas ya señalaba que el delito cibernético abarcaba mucho más que los hechos criminales perpetrados contra datos o las infracciones de contenidos y de derechos de autor, extendiéndolo a actividades tan diversas como el fraude, la falsificación, la pornografía infantil, el acceso no autorizado, o el acoso.

Una de las compañías especializadas en seguridad informática más prestigiosas del mundo, Symantec, define el delito cibernético como “cualquier delito cometido en el que se haya utilizado un equipo, una red o un dispositivo de hardware”. Se trata de una definición tan concisa como acertada. Pero la compañía va más allá al tratar de poner orden en la inmensa variedad de tipos de delitos cibernéticos al clasificarlos en sólo dos tipos en base a la perspectiva de la víctima:

- a. Delitos cibernéticos de tipo I. Son todos aquellos que tienen lugar una única vez respecto a la misma víctima. Con relativa frecuencia, aunque no siempre, algún tipo de programa malicioso para registrar la actividad de la víctima aprovechando los fallos de seguridad del navegador, del propio sistema operativo... Forman parte de este tipo de delitos el phishing (envío de un correo electrónico falso que trata de



engañar al usuario para que éste revele sus datos personales, bancarios, credenciales de acceso, etcétera), la instalación de un malware en un ordenador para espiar a la víctima, la usurpación de identidad, el fraude, la piratería, etcétera. Es decir, para cometer el delito sólo se interactúa con la víctima en una ocasión.

- b. Delitos cibernéticos de tipo II. En este caso, la interacción con la víctima se produce en repetidas ocasiones, por ejemplo, en casos de chantaje, extorsión, acoso, espionaje industrial, planificación de actividades terroristas, etcétera.

Otra clasificación de los delitos cibernéticos, en este caso más preciso, es la que encontramos en el Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa ratificado en el año 2001 por el conjunto de países de la Unión Europea. En este convenio se habla de cuatro grupos de delitos informáticos o delitos cibernéticos:

- a. Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos:
 - a. Acceso ilícito a sistemas informáticos.
 - b. Interceptación ilícita de datos informáticos.
 - c. Interferencia en el funcionamiento de un sistema informático.
 - d. Abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos.

b. Delitos informáticos:

- a. Falsificación informática mediante la introducción, borrado o supresión de datos informáticos.
- b. Fraude informático mediante la introducción, alteración o borrado de datos informáticos, o la interferencia en sistemas informáticos.

c. Delitos relacionados con el contenido:

- a. Producción, oferta, difusión, adquisición de contenidos de pornografía infantil, por medio de un sistema informático o posesión de dichos contenidos en un sistema informático o medio de almacenamiento de datos.
- d. Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines, como la copia y distribución de programas informáticos, o la piratería informática.

Como se ha apuntado al comienzo, los delitos cibernéticos se producen a diario en todos los rincones del planeta, afectando a más de un millón de usuarios por día (catorce víctimas por segundo) y generando miles de millones de euros de ingresos cada año. Así, ha dado lugar a una floreciente industria que en la actualidad mueve más de tres mil billones de dólares cada año.

La mayoría de estos delitos están relacionados con el robo y la usurpación de la identidad de las personas, aunque también son muy habituales las injurias y calumnias, el acoso, la pornografía infantil, los delitos relacionados con los derechos de propiedad intelectual y/o industrial, el fraude, etcétera.

En cuanto a los mecanismos más frecuentes, destacan tres en especial:

- a. El hacking, o acceso a distancia al equipo de un usuario para el cual éste no ha dado su consentimiento.
- b. El phishing, o envío de correos electrónicos fraudulentos que, haciéndose pasar por empresa o personas de confianza, tratan de engañar a los destinatarios para que revelen sus datos personales, bancarios, credenciales de acceso a servicios, etcétera.
- c. El malware: software o programas informáticos que se instalan de forma remota en el dispositivo de la víctima y espía sus acciones.

La gran mayoría de personas han escuchado y leído en medios de comunicación la expresión delito cibernético y, si bien todos tienen una idea de a qué se hace referencia con estas palabras, lo cierto es que se trata de un delito con muy variadas manifestaciones, si bien todas ellas tienen como nexo común que se suceden en internet y/o se emplean medios informáticos para ello.

El concepto de delito cibernético ha pasado por varias etapas hasta que los países lo han acabado consolidando en sus respectivas legislaciones. Esto es debido al propio avance tecnológico que ha ido modificando nuestras conductas y generando continuas y nuevas oportunidades para que los delincuentes puedan hacer de las suyas.

Ya en 1997, prácticamente cuando aún pocos de nosotros teníamos internet en casa y no existían ni Facebook, ni Twitter y ni tan siquiera imaginábamos que un día podríamos manejar casi toda nuestra vida a través de un pequeño dispositivo en cualquier momento y en cualquier lugar, Zeviar-Geese señalaba que el delito cibernético abarcaba mucho más que los hechos criminales perpetrados contra datos o las infracciones de contenidos y de derechos de autor, extendiéndolo a actividades tan diversas como el fraude, la pornografía infantil, el acceso no autorizado, o el acoso. De hecho, el Manual de Prevención y Control de los Crímenes Informáticos de las Naciones Unidas publicado tan pronto como en 1995, ya señalaba que el delito cibernético engloba también el fraude, la falsificación y el acceso no autorizado.

En base a esta idea, el delito cibernético engloba en realidad cualquier hecho delictivo que, si bien antes sólo se realizaba en el mundo físico, ahora puede ser perpetrado a distancia, en internet, a través de herramientas y equipos informáticos.

La compañía Symantec, especialista en seguridad informática y desarrollo de software de protección, define de manera muy escueta y acertada el delito cibernético como



cualquier delito cometido en el que se haya utilizado un equipo, una red o un dispositivo de hardware.

De esta definición se deduce que, en principio, cualquier delito puede ser también considerado como delito cibernético siempre que implique la intermediación de hardware y/o internet, y efectivamente así es, por lo que la variedad de delitos cibernéticos es inmensa.

Para poner un poco de orden en este aparente caos de delitos cibernéticos, se suelen dividir en delitos cibernéticos de tipo I y delitos cibernéticos de tipo II, en base a su frecuencia, al papel desempeñado por el equipo utilizado y otros detalles.

4.4. Reforma legal

PROYECTO DE REFORMA

ORGANISMO LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala



CONSIDERANDO:

Que el ordenamiento penal guatemalteco debe ser modernizado conforme las figuras que se establecen en los hechos ilícitos, en la actualidad la regulación no especifica ciertas figuras que se han legalizado y en consecuencia se hace necesaria su regulación.

CONSIDERANDO:

Que conforme avanza la ciencia en la misma forma avanza la comisión de hechos delictivos que se hace necesario regularizar mediante su tipificación, para evitar que el crimen organizado actúe en detrimento de los ciudadanos honrados, por lo que el análisis y configuración del delito se hace necesario en Guatemala, además de combatirlo mediante la persecución penal del sujeto activo del hecho ilícito.

CONSIDERANDO:

Que en la actualidad la clonación de tarjetas de crédito y de débito se ha extendido, por lo que se hace necesario crear la figura delictiva e imponer las penas que sean necesarias para evitar que los hechos delictivos se extiendan, teniendo como cómplices a personal que labora en instituciones bancarias o comerciales, ya que éstos participan dando información sobre las tarjetas mencionadas, por lo que su tipificación dará seguridad jurídica al tarjetahabiente en instituciones de crédito.



CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala vela por se cumpla con la protección de las personas que son sujetos de crédito, por lo que la reforma al Código Penal en la adición del delito será necesaria para perseguir penalmente a quien participe en un hecho delictivo de tal trascendencia y al mismo tiempo modernizar la ley penal en lo que se relaciona a delitos cibernéticos, en consecuencia la reforma penal se hace necesaria como una forma de combatir al crimen organizado relacionado con la clonación de tarjetas de crédito y de débito.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

La siguiente

REFORMA DEL DECRETO NÚMERO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, MEDIANTE LA ADICIÓN DEL ARTÍCULO 323 BIS

ARTÍCULO 1. Se adiciona el Artículo 323 BIS, el cual queda así:



“Artículo 323. Clonación de tarjetas de crédito y de débito. La persona que mediante cualquier medio electrónico, cibernético o por cualquier medio empírico o científico falseare tarjetas de crédito y de débito, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años y multa del triple de la cantidad extraída. Con la misma pena será sancionada la persona que haya suministrado datos para la clonación de tarjetas de crédito o débito”.

ARTÍCULO 2. El presente decreto entrará en vigencia treinta días después de su publicación.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS... DÍAS, DEL MES DE... DEL AÑO...



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la actualidad los delitos que se refieren a clonación de tarjetas de crédito y débito se ha hecho común, por lo que cada vez se reproducen más documentos, lo que conlleva a pérdidas mediante la falsedad respectiva.

En muchos casos participan, en la comisión del hecho, personal de instituciones bancarias, financieras y de instituciones comerciales, suministrando datos al crimen organizado que se dedica a este tipo de hechos fuera de la ley.

Por tal motivo, se hace necesaria la creación del delito cibernético por medio de la clonación de tarjetas de crédito y de débito para dar seguridad jurídica tanto al tarjetahabiente como la institución mercantil que otorga las mismas.

El Congreso de la República de Guatemala debe adicionar el Artículo 323 BIS al Código Penal, para crear el delito cibernético de la clonación de tarjetas de crédito y de débito, lo que será la tipificación de un delito específico con los hechos que dan origen a esos hechos que van contra la persona individual y personas jurídicas.





BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. Filosofía del derecho y de los derechos humanos. Guatemala: Ed. Talleres Gráficos, 2000.

BARRIOS LÓPEZ, Emelina. Las funciones procesales en el proceso penalguatemalteco. Guatemala: Impresos E y E., 1994.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho civil español común y foral. Madrid, España: Ed. Reus, 1944.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. México: Ed. Jurídica, 1995.

Fundación Tomás Moro. Diccionario jurídico espasa. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente Herce Quemada. Derecho procesal penal. Madrid, España: Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 1976.

HERRARTE, Alberto. Derecho procesal penal. El proceso penal. Guatemala: Ed. José Pineda Ibarra, 1978.

LÓPEZ M., Mario R. La práctica procesal penal en el procedimiento preparatorio. Guatemala: Ediciones L y M, 2008.

LOZANO, Mario. Los grandes sistemas jurídicos. Guatemala: Ed. LyM, 1992.

MARTÍNEZ GÓMEZ, Silvia Patricia. La figura del custodio en el derecho penal en aplicación de las reglas de conducta o abstenciones. Guatemala: Ed. Ediciones y Servicios, 2005.



PAR USEN, José Mynor. El juicio oral en el proceso penal guatemalteco.
Guatemala: Centro Editorial Vile, 1997.

POROSKI, E. T. Historia de las ideas políticas. México: Ed. Grijalbo, 1966.

Procuraduría de los Derechos Humanos. La función del procurador. Guatemala:
(s.e.), 2003.

SOSA ARDITE, Enrique A. El juicio oral en el proceso penal. Guatemala: Ed.
Ediciones y Servicios, 1997.

**VELÁSQUEZ, José Fernando. Derechos humanos en general y derechos humanos
en la niñez.** Guatemala: Ed. Ediciones y Servicios, 2001.

Legislación:

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

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número
51-92, 1992.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala,
Decreto número 2-70, 1971.



**Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala,
Decreto número 40-94, 1994.**

**Declaración de los Defensores de los Derechos Humanos. Asamblea General de las
Naciones Unidas, 1997.**