

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



**FALTA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS POR EL ACOSO U HOSTIGAMIENTO
FINANCIERO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO BANCARIAS**

ESTUARDO LENIN GARCIA ZEA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2021

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

**FALTA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS POR EL ACOSO U HOSTIGAMIENTO
FINANCIERO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO BANCARIAS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

ESTUARDO LENIN GARCIA ZEA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2021

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

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor Anibal de León Velasco
Vocal: Licda. Magnolia Edith Arévalo Girón
Secretario: Lic. Jener Mauricio López Yool

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Sandra Elizabeth Girón Mejía
Vocal: Lic. Victor Leonel Recinos
Secretaria: Licda. Silvia Patricia Hernández Montes

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 25 de febrero de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, BERNER ALEJANDRO GARCIA GARCIA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ESTUARDO LENIN GARCÍA ZEA, con carné 200818550,
 intitulado FALTA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS POR EL ACOSO U HOSTIGAMIENTO FINANCIERO POR
PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO BANCARIAS.

Hago de su conocimiento que esta 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.

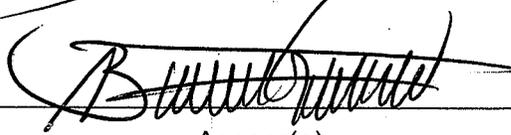
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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 27 / 02 / 2019.

f) 
 Asesor(a)
 (Firma y Sello) **Licenciado**
Berner Alejandro Garcia Garcia
 Abogado y Notario



G&G ABOGADOS Y NOTARIOS

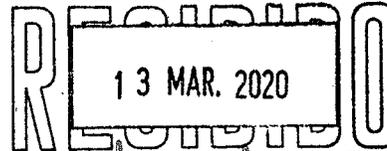
García y Gutiérrez Bufete de Abogados y Notarios

Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en percances automovilísticos.



Guatemala, 11 de marzo de 2020.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



Hora: _____
Firma: *[Handwritten Signature]*

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Distinguido licenciado.

En cumplimiento al nombramiento de fecha veinticinco de febrero de dos mil diecinueve emitido por la unidad de tesis, como asesor de tesis del bachiller **ESTUARDO LENIN GARCÍA ZEA** con carné **200818550** la cual se intitula "**FALTA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS POR EL ACOSO U HOSTIGAMIENTO FINANCIERO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO BANCARIAS**", declarando expresamente que no soy pariente del bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me permito emitir el siguiente dictamen:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; ya que fundamentan su trabajo en la necesidad de crear una figura para proteger a las personas del acoso u hostigamiento financiero, ampliando la competencia administrativa de la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos.
- b) Los métodos utilizados de la investigación fueron el análisis, la inducción, la deducción, la analogía y la síntesis; mediante los cuales el bachiller no solo logró comprobar la hipótesis, sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes sobre el acoso u hostigamiento financiero en Guatemala.
- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo el bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector asimismo hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones incluso propuesta de proyectos de ley.

9 calle, 10-53 zona 12. Teléfonos. 56560505, 54604070

licalejandrogarcia@gmail.com

G&G ABOGADOS Y NOTARIOS

García y Gutiérrez Bufete de Abogados y Notarios

Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en percances automovilísticos.



- e) En la conclusión discursiva, el bachiller expone sus puntos de vista, al regular el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, al crear una comisión de cumplimiento y se le otorgue la competencia para imponer sanciones económicas a las instituciones de crédito bancarias que realicen el acoso u hostigamiento financiero, reformando la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como del extranjero, la técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- g) El bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema, en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

Por las razones mencionadas, considero que el trabajo de tesis que revisé del bachiller **ESTUARDO LENIN GARCÍA ZEA**, cumple con todo lo establecido en 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 emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo a usted con muestras de consideración y respeto.

Atentamente,



Licenciado
Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

M.A. Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

Maestro en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – Universidad de San Carlos de Guatemala
Máster en Ciencias Forenses – Universidad de Valencia, España / Universidad de San Carlos de Guatemala
Col. 12012

9 calle, 10-53 zona 12. Teléfonos. 56560505, 54604070

licalejandrogarcia@gmail.com



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

Reposición por: cambio de consejero

Fecha emitida: septiembre 2021



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 22 de abril de 2021.

Atentamente pase a Consejero de Comisión de Estilo, MARVIN OMAR CASTILLO GARCÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante ESTUARDO LENIN GARCÍA ZEA, con carné número 200818550, intitulado FALTA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS POR EL ACOSO U HOSTIGAMIENTO FINANCIERO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO BANCARIAS. Luego de que el estudiante subsane las correcciones, si las hubiere, deberá emitirse el dictamen favorable de comisión de Estilo, conforme lo establece el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencia Jurídica y Sociales y del Examen General Público.

"ID Y ENSEÑ A TODOS"



Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

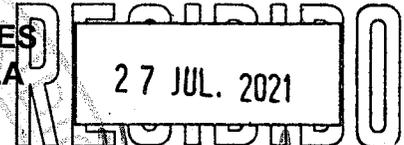




Guatemala, 27 de mayo de 2021

JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS
 JURÍDICAS Y SOCIALES



JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS:
 Hora:
 Firma:

[Handwritten signature]

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **ESTUARDO LENIN GARCÍA ZEA** cuyo título es **FALTA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS POR EL ACOSO U HOSTIGAMIENTO FINANCIERO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO BANCARIAS**.

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente

Atentamente

[Large handwritten signature]

AL SERVICIO DE LA COMISIÓN DE ESTILO Y ENSEÑAD A TODOS

Lic. Marvin Omar Castillo García
 Consejero de Comisión de Estilo





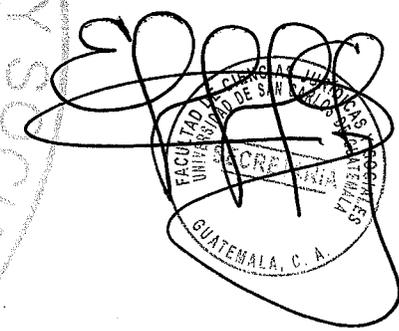
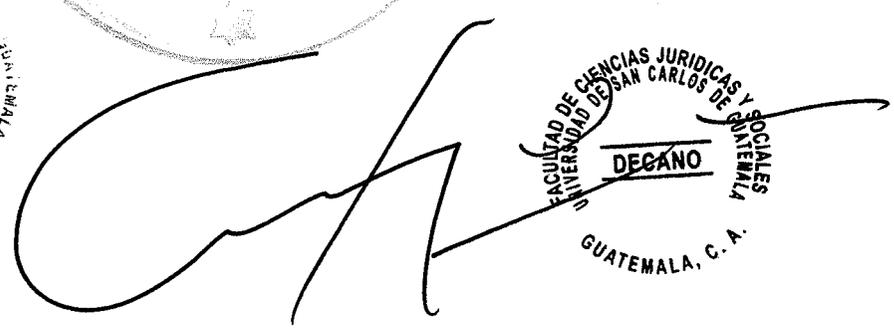
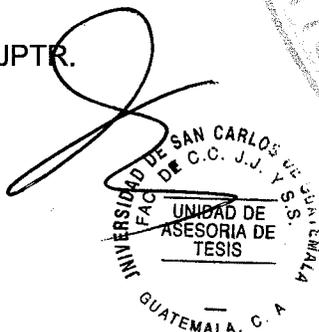
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ESTUARDO LENIN GARCÍA ZEA, titulado FALTA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS POR EL ACOSO U HOSTIGAMIENTO FINANCIERO POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO BANCARIAS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/JPTR.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la vida, por ser mi guía, por darme la fuerza necesaria para afrontar los momentos difíciles, por permitirme llegar a este día y ver culminada mi meta de ser un profesional universitario y por mi familia que nunca me ha abandonado, a él sea toda la gloria y la honra.

A MI PADRE:

Walter Estuardo García Tello, gracias papá por siempre apoyarme y nunca abandonarme, por ser ese ejemplo de lucha, de esfuerzo, de constancia y disciplina, porque con tu ejemplo he aprendido que no existen los límites y que se puede alcanzar todo lo que soñamos, porque me has enseñado a ir siempre por el camino correcto y ser un buen ser humano, te quiero mucho papá.

A MI MADRE:

Dora María de García, gracias mami por todo lo que has hecho por mí, porque desde que tengo memoria has estado a mi lado celebrando mis triunfos y dándome una mano para levantarme de mis derrotas, porque siempre has confiado



en mí incluso cuando yo mismo no lo hacía, **este**
triunfo es más tuyo que mío, te amo mami.

A MI HIJO:

Christopher Alexander García, por ser mi mayor motivación y mi fuerza para alcanzar esta meta, por ser la razón por la cual trato de ser una mejor persona porque sé que tú sigues mis pasos y para que puedas sentirte orgulloso de papi, te amo mucho bebe.

A MI HERMANA:

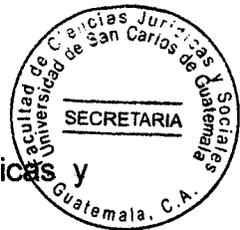
Arlen Luisamanda García Zea, porque siempre has estado para mí en los momentos que más te he necesitado, porque siempre has sido mi ejemplo de lucha, de perseverancia y disciplina, te quiero mucho.

A MI HERMANO:

Manuel Ernesto García Zea, por ser mi mayor ejemplo de lucha, por enseñarme que los momentos difíciles se afrontan con una sonrisa, por ser mi motor de vida y por siempre estar para mí, te quiero mucho campeón.

A MIS AMIGOS:

Por siempre apoyarme y encontrar en ellos palabras de ánimo.



A:

La gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por albergar en sus salones mis sueños y esperanzas, por formarme y prepararme para desempeñarme como un buen profesional y para ser de beneficio para la sociedad guatemalteca.

A:

Mi *alma mater*, por darme la oportunidad de cumplir este sueño, formarme para ser un buen profesional y siempre poner en alto el nombre de la tres veces centenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.



PRESENTACIÓN

La investigación realizada da como resultado que este trabajo pertenece a la rama del derecho mercantil, buscando sustentar la necesidad de crear una figura para proteger a las personas del acoso u hostigamiento financiero, ampliando la competencia administrativa de la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos, con el objeto de facultarles para poder aplicar sanciones a las instituciones financieras de crédito que realicen el acoso y hostigamiento financiero a las personas. Su enfoque territorial está delimitado principalmente en la ciudad de Guatemala y fue realizada en el periodo comprendido entre diciembre de 2018 y marzo de 2020. El tipo de investigación realizada fue cualitativa.

Su principal objeto de estudio es la falta de protección a las personas por parte de las autoridades, al no contar con una figura legal que establezca el acoso u hostigamiento financiero en el ofrecimiento de tarjetas de crédito; los sujetos de estudio lo conforman todas las personas que son víctimas de esta clase de acoso y las instituciones financieras de crédito, que realizan dicha actividad de acoso u hostigamiento financiero.

El aporte académico es evidenciar la problemática y sustentar la necesidad de reformar la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, modificando la norma jurídica para proteger a las personas y sancione esta clase de acoso por parte de las instituciones de crédito bancarias, creando para el efecto una comisión encargada de verificar el buen actuar de estas instituciones, y sancionar a las instituciones que realicen dicha actividad.



HIPÓTESIS

Esta investigación plantea como hipótesis la obligación del Estado de Guatemala de garantizar a todos sus habitantes la seguridad y protección en todos los ámbitos para garantizar el bien común y de allí surge la necesidad de que se establezca o se tipifique el acoso u hostigamiento por parte de las instituciones de crédito bancarias en el ofrecimiento de tarjetas de crédito a personas particulares, tomando como base para esta figura, la que actualmente se encuentra establecida en el Artículo 46 Bis de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Numero 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, referente al Acoso u hostigamiento para la cobranza. Con la regulación de esta actividad realizada por las instituciones de crédito bancarias se estaría estableciendo un límite para el uso de datos obtenidos de referencias personales y limitando la comunicación de las instituciones bancarias y financieras con referencia a las tarjetas de crédito, creando para el efecto una comisión de cumplimiento delegando en ella el control, la supervisión, la verificación y sanción sobre las entidades bancarias, evitando de esta manera el acoso u hostigamiento financiero hacia las personas particulares con el ofrecimiento constante de tarjetas de crédito.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis planteada dentro de este estudio fue comprobada, ya que se determinó que el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias en la ciudad de Guatemala, puede ser evitado si se regula una sanción económica dentro de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, creando una comisión de cumplimiento y otorgándole la competencia de sancionar a las instituciones financieras que realicen esta actividad.

Se estableció que ninguna autoridad estatal tiene la facultad de actuar ante dicha problemática, ya que no existe una regulación legal que lo prohíba.

Esta hipótesis fue comprobada a través de los métodos de investigación deductivo, analítico y sintético.

El método deductivo fue utilizado al tomar como base la premisa de que el fin supremo del Estado es la realización de bien común; el método analítico fue empleado mediante el estudio de las diferentes leyes relacionadas con el problema planteado y el estudio de material bibliográfico; el método sintético permitió desarrollar una solución concreta en base a toda la información analizada.



ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Estado	1
1.1. Antecedentes	2
1.2. Origen	2
1.2.1. Doctrina teológica	3
1.2.2. Doctrinas contractuales	5
1.2.3. Doctrina histórica	8
1.3. Teoría del Estado	10
1.4. Concepto	13
1.5. Elementos	17
1.5.1. Población	17
1.5.2. Territorio	17
1.5.3. Gobierno	18
1.5.4. Soberanía	19
1.6. Formas de Estado y sistemas de gobierno	21
1.6.1. Formas de Estado	22
1.6.2. Sistemas de gobierno	24

CAPÍTULO II

2. Derecho mercantil	29
2.1. Antecedentes históricos	29
2.1.1. Edad antigua	30
2.1.2. Edad media	32
2.1.3. Época moderna	33



- 2.2. Antecedentes históricos en Guatemala 34
- 2.3. Características del derecho mercantil 36
 - 2.3.1. Poco formalista 37
 - 2.3.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar 38
 - 2.3.3. Adaptabilidad 38
 - 2.3.4. Tiende a ser internacional 38
 - 2.3.5. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico 39
- 2.4. Fuentes del derecho mercantil 39
 - 2.4.1. La costumbre 40
 - 2.4.2. La jurisprudencia 40
 - 2.4.3. La ley 41
 - 2.4.4. La doctrina 41
 - 2.4.5. El contrato 42
- 2.5. Concepto 42
 - 2.5.1. Concepto en Guatemala 44

CAPÍTULO III

- 3. Contratos mercantiles 47
 - 3.1. Características 48
 - 3.1.1. La representación para contratar 48
 - 3.1.2. Forma del contrato mercantil 48
 - 3.1.3. Los contratos por adhesión 49
 - 3.1.4. Omisión fiscal 50
 - 3.1.5. Libertad de contratación 50
 - 3.1.6. Efectos de la cláusula rebus sic stantibus 50
 - 3.1.7. Contratante definitivo 51
 - 3.2. Clasificación general 51
 - 3.2.1. Bilaterales y unilaterales 51
 - 3.2.2. Onerosos y gratuitos 52



3.2.3. Consensuales y reales	52
3.2.4. Nominados e innominados	52
3.2.5. Principales y accesorios	52
3.2.6. Conmutativos y aleatorios	53
3.2.7. Solemnes y no formales	53
3.2.8. Condicionales y absolutos	53
3.2.9. Instantáneos y sucesivos	54
3.2.10. Típicos y atípicos	54
3.3. Clasificación principal en Guatemala	54
3.3.1. Contratos típicos	54
3.3.2. Contratos atípicos	56
3.4. Contrato de tarjetas de crédito	56
3.4.1. Antecedentes	57
3.4.2. Concepto	71
3.4.3. Elementos	76
3.4.4. Clases	77

CAPÍTULO IV

4. La falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias	81
4.1. Origen del problema	85
4.2. Derecho comparado	86
4.3. Junta monetaria	89
4.4. Superintendencia de bancos	92
4.5. Necesidad de regular la prohibición del acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias para otorgar protección a las personas	95
4.6. Regulación del acoso u hostigamiento financiero por las instituciones de crédito bancarias	98



4.6.1. Comisión de cumplimiento	99
4.6.2. Sanciones	101
4.6.3. Propuesta de proyecto de reforma para regular la protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, dentro de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Numero 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala	101
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	107
BIBLIOGRAFÍA	109



INTRODUCCIÓN

Este trabajo de tesis fue realizado en base a la problemática de la falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero realizado por parte de las instituciones de crédito en Guatemala, ya que se presumía que dicha actividad constituía un problema para los ciudadanos de Guatemala que eran víctimas de estas malas prácticas realizadas por las instituciones financieras, quienes se ven en una situación de vulnerabilidad e inseguridad, ya que no existe una autoridad estatal que esté facultada para verificar y sancionar a las instituciones de crédito bancarias que realizan esta actividad.

El objetivo general de este estudio fue determinar si en efecto la falta de protección ante el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias en Guatemala, era un problema que no podía ser erradicado con una sanción legal vigente en la legislación guatemalteca, lo cual fue comprobado al verificar que no existe una prohibición legal específica para controlar, limitar y sancionar a las instituciones que realizan dicha actividad.

La hipótesis planteada fue que el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias en Guatemala puede ser evitado y de esta manera otorgar protección y seguridad a las personas, regulando la prohibición de esta actividad y estableciendo límites a las actividades realizadas por estas instituciones de crédito bancarias, para el efecto la creación de una comisión de cumplimiento encargada de verificar que no se realice este tipo de acoso u hostigamiento financiero, dar seguimiento a denuncias realizadas por parte de los ciudadanos y sancionar a quienes realicen dicha actividad, creando una sanción legal específica a través de una reforma a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Este trabajo de tesis se desarrolló en cuatro capítulos, en el primero; se define todas las características generales del Estado y su forma de actuar para lograr el bien común; en



el segundo; se desarrolla todo lo referente al derecho mercantil, las características generales, antecedentes históricos, fuentes y concepto conforme a la legislación guatemalteca; en el tercero; se establece todo lo referente a los contratos mercantiles, características, clasificación y su regulación dentro de la legislación guatemalteca. En específico se hace énfasis en el contrato de tarjeta de crédito; el cuarto se especifica el problema de la falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias en Guatemala, datos que reflejan la necesidad de crear una sanción legal específica y el desarrollo de la solución a dicha problemática.

Los métodos de investigación usados para la realización del presente trabajo de tesis fueron el deductivo, analítico, sintético, cualitativo, cuantitativo y las técnicas de investigación utilizadas fueron la bibliográfica, documental y observación.

Se recomienda que este trabajo de investigación sea utilizado como referencia para sustentar la necesidad de crear una norma legal que limite y sancione el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias en la República de Guatemala, donde esta falta de control estatal ha permitido que las instituciones financieras de crédito realicen esta clase de prácticas sin que exista limitación o sanción alguna. El Estado tiene como fin supremo la realización del bien común y esto no será posible si sus órganos administrativos no tienen suficiente competencia legal para satisfacer todas las necesidades de la población.



CAPÍTULO I

1. Estado

Es obligación del Estado de Guatemala garantizar a sus habitantes la seguridad y el desarrollo pleno e íntegro de cada uno de ellos como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 1: "Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."

Asimismo, en su Artículo 2: "Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la Republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.", esto quiere decir que el Estado de Guatemala utilizará todos los mecanismos ya establecidos o bien implementara la creación de cualquier herramienta, mecanismo o proceso para cumplir a cabalidad con la seguridad y el desarrollo integral de sus habitantes y poder lograr el fin supremo que es el bien común.

Dentro de esta investigación es importante el estudio del Estado, porque de esta manera entenderemos las funciones de las instituciones estatales y mediante las cuales podrá ejercer acciones para garantizar el bien común, el desarrollo integral y la seguridad de la población, derivadas de la competencia que se le otorga a cada una de ellas.



1.1. Antecedentes

“La denominación “Estado”, actualmente generalizada, procede del léxico jurídico italiano. El concepto general de *stato* en italiano, a su vez es derivado del latín, STATUS el cual significa, estado de convivencia en un determinado momento, ordenación de la convivencia. En los siglos XVI y XVII la expresión *stato* también fue admitida en los idiomas francés, inglés y alemán”¹.

La denominación de lo que hoy se conoce como Estado, fue variando conforme el pasar de la historia, la primera palabra conocida para denominarlo fue *polis*, utilizada en la antigua Grecia, para referirse a las ciudades del Estado, posteriormente en la antigua Roma se le conocía con el vocablo latino *civitas*. “Fue hasta el Siglo XVI, que se utilizó la palabra Estado, con el fin de identificar a toda la comunidad política estatal. Le corresponde, pues, al Renacimiento el honor de haber implantado el nombre del moderno Estado, porque es este periodo histórico que se estima como cuna de su nacimiento, cuando Nicolás Maquiavelo (1469-1527), en su obra El Príncipe, usó la expresión lo *stato* por primera vez para referirse a un nuevo status político”².

1.2. Origen

A través del tiempo se ha estudiado el origen y el desarrollo histórico del Estado con el único objeto de entenderlo en un sentido más amplio, de dicho estudio existen diversas

¹ Reynero Vásquez Ramos. *Teoría del Estado*. Pág. 5

² Gerardo Prado. *Teoría del Estado*. Pág. 54



teorías sobre el origen del Estado entre las cuales se pueden encontrar:

1.2.1. Doctrina teológica

Los estudiosos de esta teoría le dan un enfoque eminentemente religioso, basándose en que el hombre fue creado por Dios a su imagen y semejanza por lo cual debe hacer todo lo que la voluntad de Dios les indica y obedecer las leyes divinas. También indica que el hombre fue creado por Dios para vivir conjuntamente en sociedad lo que da como resultado la conformación del Estado y por esta circunstancia todos los hombres están obligados a reconocerlo y a someterse a su organización, doctrina que dominaba en la antigüedad principalmente en Grecia y Roma.

Entre los principales estudiosos o sostenedores de esta teoría se pueden encontrar a San Agustín, el cual escribió el libro La Ciudad de Dios con el que buscaba defender las acusaciones al cristianismo de la destrucción de Roma indicando que la razón principal fue su debilidad provocada por la depravación de las costumbres como consecuencia de su vida pagana.

“Sostiene en su obra, el origen divino del Estado y la necesidad natural humana de su existencia; pero considera que si existe un poder coactivo dentro del mismo, se debe al pecado, que hace necesaria la coacción en vez de que los hombres se sometan espontáneamente a las normas estatales”³.

³ Vásquez Ramos, Reynerio. **Op. Cit.** Pág. 24



Sosteniendo que el Estado es una derivación del pecado y demostrando de esta manera que a pesar de que esta doctrina aseguraba que los hombres se rigen por las leyes divinas era necesaria la conformación de un poder coercitivo estatal.

Entre otros de los principales exponentes de esta doctrina encontramos a Santo Tomas de Aquino, quien fue autor de la summa theologiae el cual fue un tratado de teología desarrollado en el Siglo XIII.

Santo Tomas, consideraba al Estado como resultado de la naturaleza misma de los hombres y de las cosas, social y función, en contraposición a la doctrina agustiniana que no consideraba al Estado como resultado del pecado.

La doctrina agustiniana afirmaba que siempre tiene que haber cierto poder o dominio como una de las características más típicas de la sociedad política, expresándolo en el tratado teológico de la siguiente manera: "Porque siendo el hombre naturalmente un animal sociable, los hombres en el estado de inocencia hubieran vivido en sociedad y la vida social de muchos no es posible si no hay alguno que presida, dirigiendo a todos al bien común, puesto que muchos se dirigen por si mismos a muchos fines y no uno solo"⁴.

Exponiendo que, aun existiendo una armonía en la sociedad, se necesita una estructura para lograr el objetivo fundamental del Estado, el bien común.

⁴ *Ibíd.* Pág. 25



1.2.2. Doctrinas contractuales

Las doctrinas contractualistas o también conocidas como doctrinas del pacto social, surge como consecuencia de un cambio de percepción en la sociedad respecto al poder y su naturaleza, dejando a un lado la idea que predominaba hasta el Siglo XVII, en la cual indicaba que el poder se justificaba de manera natural o nacía de instancias religiosas en la cual los seres humanos vivían en sociedades ordenadas y reguladas con determinadas reglas que dejaban a un lado su capacidad de decisión.

Se puede definir como aquella doctrina o corriente del derecho basada en un contrato social, quiere decir que el origen del derecho y del Estado está en un contrato creado y perfeccionado por la voluntad del hombre, con el fin de pasar de ser un estado de la naturaleza a un estado de sociedad, quiere decir, que acepta una limitación a las libertades, a cambio de leyes con las cuales se garantizara la perpetuidad y ventajas dentro del Estado.

Entre sus principales exponentes podemos encontrar a Thomas Hobbes, el cual vivió del año 1588 al año 1679, de origen inglés, en el Siglo XVII, desarrollo las bases apuntadas del contractualismo y escribió su obra llamada leviatán, la posición filosofía de Thomas Hobbes, explicaba la tendencia de su pensamiento político el cual era materialista, ya que únicamente consideraba la existencia de los cuerpos en movimientos ya que para él, substancia y cuerpo eran una misma cosa, derivado de su posición filosófica.



Thomas Hobbes, sostenía que el hombre constituido como un cuerpo material mostraba o exponía de manera más fuerte su naturaleza la cual era la propia conservación, volviéndolo un ser egoísta y buscando únicamente lo que le es útil y de esta manera poder distinguir entre el bien y el mal, dejando a un lado los límites para lograr satisfacer sus instintos.

En la sociedad humana primitiva se genera un estado de lucha por la tendencia natural humana de la conservación, generando una guerra de todos contra todos cuya única finalidad era eliminar a sus semejantes, dicha guerra no permitía el desarrollo de la sociedad, por ello los hombres buscaron obtener una fórmula de convivencia social en la que se hacía un sacrificio mínimo a cambio de obtener la libertad que cada uno necesitaba para satisfacer sus necesidades personales, encontrando esta fórmula de convivencia al constituirse la sociedad civil mediante un contrato.

“En toda sociedad es necesaria una autoridad que gobierne, para constituir la, el pueblo cede la potestad en favor de una persona o corporación. Cuando cede el pueblo la potestad, esta pasa de manera absoluta, ilimitada al gobernante”⁵. Reafirmando de esta manera su postura filosófica, en la cual indica que el hombre por sí solo no es capaz de lograr un desarrollo integral y que necesita estar regido por reglas, normas o leyes para guiar su comportamiento y establecer límites a su conducta, logrando de esta manera el fin supremo de un estado el cual es el bien común.

Entre otros de los principales exponentes de esta doctrina encontramos también a John

⁵ Vásquez Ramos, Reynerio. **Op. Cit.** Pág. 26



Locke, el cual fue pensador inglés que vivió del año 1632 al año 1704, situado en la corriente jusnaturalista del racionalismo y tomando una postura dentro de la corriente contractualista, aseguraba que los hombres que se encontraban en situación primitiva tenían la perfecta libertad para sus acciones, decidir cómo disponían de sus posesiones de la manera más conveniente para ellos, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir autorización o depender de la voluntad de ningún otro hombre.

La ley natural que rige esta situación primitiva es la razón, por lo cual reinaría una situación de perfecta igualdad, ya que ningún hombre es más que otro, por lo tanto, ninguno procuraba el daño sobre otro y era imperante el respeto en su vida, salud, libertad o posesión. Esta ley natural otorgaba a todos los hombres la libertad de defender sus privilegios fundamentales a la vida, salud, libertad y posesiones, castigando a los hombres que no las respeten con un sentido igual o de mayor proporción al daño que hubieran ocasionado.

Ante esta situación, que cada hombre era el juez de su propia causa y ejecutaba sus propias decisiones de reparación de los daños o castigo por el daño causado, se crearon muchas injusticias ante lo cual se hizo necesario, por voluntad de todos, la creación de una sociedad política en la cual la totalidad del poder se otorgaría a un poder jurisdiccional el cual se delegaría en un grupo de personas, fijando el objetivo en preservar los derechos fundamentales de todos los hombres a la vida, libertad, y propiedad. En este sistema el poder siempre seguiría siendo un atributo de las comunidades y no un privilegio exclusivo o absoluto de los gobernantes.



Entre otro de los principales exponentes de esta corriente encontramos a Juan Jacobo Rousseau, nacido en Ginebra, vivió del año 1712 al año 1779, consideraba que el hombre viviendo en su etapa primitiva no hacía uso de sus facultades y que vivía en perfecta armonía con la naturaleza, sin embargo, en el proceso de evolución los hombres reflexionaron y empezaron a transformar el mundo a su alrededor, esta transformación o evolución fue iniciada con el cultivo de la tierra el cual le dio vida a la agricultura y con esto se dio la propiedad y la desigualdad entre los hombres, acabando de esta manera esa perfecta armonía que se tenía con la naturaleza primitiva.

Como consecuencia de esa evolución y es perdida de libertad, en común acuerdo los hombres crearon una sociedad política, la cual dio vida al Estado. Para realizar esta sociedad política los hombres otorgan a la comunidad sus derechos naturales y a cambio de que se les proporcione protección a esos derechos y recuperar de esta manera la libertad perdida, la que ahora es obligación del estado garantizarla.

1.2.3. Doctrina histórica

También llamada teoría historia o sociológica, en esta corriente se considera que el Estado es un fenómeno el cual surge como resultado del libre juego de las leyes naturales, entre las cuales se puede considerar que están las físicas y espirituales del hombre.

Los pensadores apegados a esta doctrina utilizan los datos de la historia, fenómenos sociales y políticos de la vida real con el fin de estudiar las sociedades humanas de una



manera más directa, quiere decir que esta doctrina considera al Estado como una figura que se da históricamente, la cual surge como resultado del transcurso de la historia basada en hechos reales, por lo tanto para encontrar su origen es necesario reconstruir la sociedad primitiva, utilizando como base la más cercana o dentro de los orígenes de una comunidad política.

“La sociología parte de los siguientes postulados al elaborar sus construcciones:

- a) El hombre no es el único ser social, existen animales que viven asociados. De la observación de las sociedades de los mismos se pueden obtener datos para establecer los caracteres de las sociedades humanas primitivas.
- b) Es posible y necesario reconstruir o interpretar las condiciones y caracteres del hombre primitivo y de los grupos rudimentarios que forma.
- c) Las sociedades humanas, en su origen, presentaban una situación de salvajismo y barbarie.
- d) Existen fundamentales analogías entre el hombre primitivo y sus grupos sociales y los salvajes modernos y sus agrupaciones”⁶.

Dentro de las corrientes sociológicas existen tres, las cuales tienen relación con la posible forma social primitiva:

- El patriarcado: forma social en la cual el padre ejercía el control total dentro de una familia.

⁶ *Ibíd.* Pág. 29

- El matriarcado: forma social en la cual la madre era la encargada de orientar la función de la familia.
- Lazos de Cohesión Social: esta se basaba en la convivencia y el ambiente geográfico, además de todo lo relativo al parentesco entre los hombres.

1.3. Teoría del Estado

Para poder definir de una mejor manera la palabra Estado recurrimos a la teoría del Estado que no es más que la contemplación, estudio y análisis del Estado. Al pronunciar la palabra Estado, lo relacionamos con diversas figuras como gobierno, autoridades, ministros, el ejército, tenemos un conocimiento empírico o vulgar sobre este, solo con el hecho de existir porque aun sin conocerlo o sin tener noción de este, vivimos dentro de un Estado es decir que su realidad es la que nos rodea. "De acuerdo con Heller: el Estado se nos aparece, pues, de primera intención, como un algo, como una realidad, como un hacer humano incesantemente renovado"⁷.

Desde el momento de nuestra concepción el Estado nos absorbe dentro de su realidad, pues, desde este instante nos otorga derechos a través de sus leyes, obligándose en primer lugar a proteger la vida, a otorgarnos vivienda, salud pública y a la educación de calidad, es decir que en todo momento tenemos relación con este, aun sin conocerlo.

Sin embargo, no es suficiente este conocimiento que nos otorga la vivencia, es necesario llegar a obtener un conocimiento científico con el cual podamos lograr

⁷ Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado (Teoría política)**. Pág. 24



comprender de una mejor manera que es el Estado. “El profesor español Adolfo Posadas dice en su Derecho Político: La calidad científica surge en la política y se constituye su ciencia desde el momento en que el conocimiento del Estado alcanza los caracteres de científico, o sea, cuando se trata de un conocimiento reflexivo, objetivo, metódico y sistemático mediante un esfuerzo encaminado a realizar la interpretación racional de los fenómenos políticos”⁸.

Para dejar a un lado este conocimiento previo que obtuvimos a través de la vivencia y obtener el conocimiento científico debemos realizar una interpretación racional del fenómeno, en una forma reflexiva, objetiva, metódica y sistemática como anteriormente se menciona, podemos observar como primer dato que los seres humanos vivimos en unión con otros seres humanos por diversos motivos de solidaridad, unión de esfuerzos, afinidad, costumbres, religión o nacionalidad, no vivimos aislados, es decir, que formamos una sociedad humana, lo cual es la primera noción científica el Estado es una sociedad humana.

Para continuar con este análisis establecemos que la sociedad humana es la base del Estado y que la misma se encuentra establecida de manera permanente en un territorio el cual le pertenece y le corresponde con exclusión de otras sociedades estatales las cuales se encuentran viviendo establecidas en su territorio, de esta manera agregamos a la noción primaria que el estado es una sociedad humana establecida en un territorio que le corresponde.

⁸ **Ibíd.** Pág. 24



Continuando con la observación y análisis encontramos que dentro de la sociedad humana se hace imperante la necesidad de un orden normativo el cual regule la conducta de los seres humanos y establezca la estructuración u organización del grupo social, estudiando esas normas de conducta y organización establecemos que las mismas integran las normas de derecho. En base a lo anterior se añade otro elemento a la noción primaria, el cual es, el orden jurídico, con lo que la premisa quedaría de la siguiente manera: el estado es una sociedad humana establecida en un territorio que le corresponde, el cual es regido y estructurado por un orden jurídico.

La existencia de un ordenamiento jurídico crea la necesidad de la existencia de un ente u ordenador el cual sea el encargado de velar por el cumplimiento de este. En la sociedad humana este orden jurídico es creado, mantenido y aplicado por un poder el cual esta investido de todas las facultades necesarias para velar por su cumplimiento y de manera independiente de cualquier otro poder y que por ello se denomina soberano.

Lo expuesto anteriormente nos permite seguir alimentando la premisa principal y definirla como: el estado es una sociedad humana establecida en un territorio que le corresponde, el cual es regido y estructurado por un orden jurídico, creado, mantenido y aplicado por un poder soberano.

La sociedad humana es moldeada por el ordenamiento jurídico ,que cada una establece dentro de su territorio, y las actividades que realiza cada sociedad humana tienen la misma finalidad, la cual es establecer los más altos valores para la convivencia social y el pleno desarrollo de esta y buscar el bien, pero como todos los integrantes de la



sociedad humana participan para lograr obtener su finalidad es un bien común, por lo tanto la premisa final quedaría de la siguiente manera: el estado es una sociedad humana establecida en un territorio que le corresponde, el cual es regido y estructurado por un orden jurídico, creado, mantenido y aplicado por un poder soberano para obtener un bien común.

Quedando integrada la noción científica previa de Estado, nos damos cuenta que las personas encargadas de realizar determinadas actividades dentro de la sociedad no son permanentes, sin embargo, las actividades que el Estado debe realizar y su finalidad son permanentes e invariables ya que es una institución que goza de personalidad moral, a la cual el ordenamiento jurídico que la moldea, le otorga derechos y obligaciones que la hacen nacer a la vida jurídica, como una persona jurídica.

1.4. Concepto

Para establecer un concepto de Estado primero determinaremos el significado de lo que es concepto. "Es la expresión intelectual de un conocimiento. Cuando nuestro intelecto ha adquirido un conocimiento lo expresa por medio del concepto (o sea la idea de algo que hemos percibido); que no tiene por supuesto, la misma precisión que la definición"⁹. Es decir que el concepto es una construcción o una proyección que las personas forman o concretan por sí mismos, posteriormente de haber adquirido un conocimiento sobre determinado, el cual no es preciso pues es formado con la percepción de cada persona.

⁹ Vásquez Ramos, Reynerio. **Op. Cit.** Pág. 4



Un concepto se forma a través de la experiencia de la propia realidad, ya sea una experiencia individual, colectiva, cultural, religiosa, social. Siendo el lenguaje una de las maneras más importantes de adquirir un conocimiento, pues mediante este se puede convertir en un concepto a través de una expresión oral o escrita, es decir, una manera comunicable.

El concepto de Estado puede tener varios significados, gramaticalmente equivale a la manera de ser o estar de las cosas o en la ciencia política sirve para expresar una situación, algo que es propenso a cambiar, la manera en que una comunidad está organizada o constituida políticamente, la manera de ser de estas mismas.

Analizando en un sentido más amplio podemos establecer que Estado es la forma de ser de una sociedad o la forma en que está organizada políticamente, sin embargo, estudiando la sociedad humana encontramos hay más grupos sociales dentro del Estado, los cuales le permiten al ser humano relacionarse con sus semejantes de mejor manera ya sea por familia, iglesia, corporaciones, sociedades civiles, sociedades mercantiles. Grupos que también están organizados y a los cuales todos los seres humanos que integran una sociedad también pueden integrar estos diversos grupos con otros fines específicos diferentes a los del Estado.

El concepto desde un punto de vista social se puede establecer en que la base del estado son los hechos sociales que se encuentran dentro del mismo, las relaciones humanas que son actos del hombre como consecuencia de su propia naturaleza, por consiguiente, el Estado es una creación humana.



“Consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres. En la base del Estado encontramos hombres que mandan y hombres que obedecen y que, además de estas relaciones de dominio, también tienen entre si relaciones de igualdad”¹⁰. Entendemos entonces que los seres humanos, que se encuentran establecidos en un territorio se relacionan entre sí para formar el Estado.

Desde un punto de vista jurídico el concepto de Estado se refiere a que este mismo establece sus límites pues se somete a un ordenamiento jurídico el cual lo estructura, le da derechos y obligaciones, le otorga personalidad jurídica. “Como concepto jurídico define Jéllinek al Estado como: la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o, en forma más resumida, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”¹¹.

Establecemos como resultado del estudio realizado que el Estado es una unidad indisoluble, que tiene vida como resultado de la unión de sus elementos. Los cuales se unen en forma ordenada para crear el concepto de Estado. “El Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes”¹².

En un análisis más profundo a la anterior definición podemos desarrollar un poco más

¹⁰ Porrúa Pérez, Francisco **Op. Cit.** Pág. 193

¹¹ **Ibid.** Pág. 197

¹² **Ibid.** Pág. 198



en cada uno de sus componentes para comprobar su existencia en la realidad actual, el primero es la existencia de una sociedad humana como la base fundamental de la función estatal, seguido de un territorio como asiento permanente a esta sociedad humana, el que actualmente es país de Guatemala.

Se encuentra bajo un poder supremo lo cual le da la característica de soberano, que ha creado un orden jurídico al cual se somete el mismo y que es creado, mantenido y aplicado por un poder estatal que estructura a la sociedad, la cual goza de personalidad jurídica y que tienen como fin supremo el bien común de todos sus habitantes. Todos estos componentes los podemos ver actualmente en el Estado guatemalteco.

También podemos definir al Estado recurriendo al procedimiento del género próximo y la diferencia específica, el género próximo al que pertenece el Estado es de una asociación de personas y la diferencia específica se encuentra en la organización.

“El género próximo: Consiste en que el Estado es una sociedad de personas, como cualquier otro grupo de personas; y la diferencia específica: Está en la forma de estar organizado el estado, es diferente de otras asociaciones de personas, pues trata de una sociedad humana muy grande, con fines especiales proyectados a todos los habitantes y con leyes que deben orientarse a resolver problemas y a satisfacer las necesidades de todos los hombres”¹³.

Quiere decir que pueden existir muchos grupos de personas, pero el Estado siempre

¹³ Vásquez Pérez, Reynerio. **Op. Cit.** Pág. 5

será el más importante porque es una agrupación permanente y que busca un bienestar colectivo a todos sus habitantes.

1.5. Elementos

Como pudimos establecer anteriormente el concepto o definición de la palabra estado está compuesta de los siguientes elementos comunes:

1.5.1. Población

El Estado tiene como base la sociedad, es una institución humana, quiere decir conformado por un grupo de personas, seres racionales, libres y dotados de vida los cuales tienen fines específicos. Quiere decir que un Estado no podría existir sin población.

A las personas que habitan dentro de los límites de un Estado, que forman parte de su población, son llamados ciudadanos y le son otorgados una serie de derechos como garantías mínimas estatales, a cambio de estos derechos los ciudadanos están obligados a cumplir con ciertas acciones.

1.5.2. Territorio

El territorio es el espacio físico en el cual se desarrolla un Estado, sin embargo, ese espacio físico tiene que ser terrestre, ya que un estado no puede desarrollarse en el mar



o en un espacio aéreo, sin embargo, este espacio aéreo sobre el terreno sólido y los cuerpos de agua (ríos, lagos, mares) que dentro de sus límites se encuentra, si forman parte del territorio de un Estado.

La extensión del territorio en el cual se establece cada Estado varia de un Estado a otro, existen estados que poseen extensiones territoriales más amplias como: China, Canadá, Brasil y Rusia. También podemos encontrar Estados con una extensión territorial más reducida como: Suiza y Estado del Vaticano.

El elemento esencia dentro del territorio es la delimitación del mismo, definir de manera clara y precisa los límites entre varios Estados para que cada uno pueda desarrollarse de buena manera en su espacio terrestre definido.

1.5.3. Gobierno

Cuando se habla de gobierno se hace referencia a la organización política de un estado, por medio del cual se expresa la voluntad del estado, “El gobierno es la dirección general de las actividades de los ciudadanos en vista del bien público en todos sus aspectos. Consiste en formular mandatos exigiendo que se realicen o no actividades en tal o cual sentido, para la conservación del Estado y para el logro de sus fines”¹⁴.

El gobierno se forma por un grupo de instituciones las cuales le dan la autoridad al Estado de ejercer su soberanía para poder administrar y cumplir con sus obligaciones,

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 71



entre las cuales podemos nombrar la administración del presupuesto estatal o la optimización de servicios básicos y esenciales como la educación, salud o seguridad, con el fin de lograr satisfacer las necesidades de la población.

El estado ejerce su soberanía por medio de sus órganos, estos órganos se dividen de diferente manera dependiendo de cada Estado, sin embargo, la división clásica se da en tres poderes: legislativo el cual se encarga de la formulación y creación de leyes para regular el actuar del gobierno y de los ciudadanos dentro de cada Estado, ejecutivo encargado de hacer que las leyes que rigen dentro de cada Estado sean cumplidas de manera correcta y judicial que se encarga de aplicar sanciones a las personas que no hayan cumplido con las leyes del Estado.

1.5.4. Soberanía

Proviene del vocablo latino superanus el cual significa supremo, indicando que la soberanía es el poder supremo del Estado. Cuando un Estado ejerce su soberanía al no permitir que otros estados accionen en sus asuntos internos se convierte en independencia.

Este poder le permite al Estado mandar y gobernar, asegurándose la obediencia de su población, sin embargo, este poder se debe utilizar para el provecho e interés de la sociedad humana, ya que la soberanía radica en el pueblo quienes la delegan a sus gobernantes a través del voto el cual se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 141 el cual establece "Soberanía. La



soberanía radica en el pueblo que la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida.”

Entre los elementos que posee el Estado, la soberanía es uno de los más importantes, pues es lo que hace que se diferencie de las demás formas de organización humana.

La soberanía se puede dividir en dos clases, soberanía interna la cual se refiere a el poder que tiene sobre sus ciudadanos y la soberanía externa es la que ostenta ante los demás Estados lo que lo hace independiente y no puede ser intervenido por otros Estados, además de incluir la capacidad que el Estado tiene de entablar relaciones con sus similares.

Doctrinariamente pueden existir diversos tipos de clasificaciones de los elementos del estado, “El Estado tiene elementos previos que se denominan así porque existían antes de que se conformara el Estado, como lo son el territorio y la sociedad humana. Los elementos constitutivos son los que van a conformar la existencia del Estado...”¹⁵, basándonos en este criterio podemos establecer otra clasificación de los elementos del estado la cual se divide de la siguiente manera:

a) Elementos previos

Se dice que son elementos previos al Estado porque previo a que se estableciera el Estado, estos ya existían. Los cuales son:

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 43



- La sociedad humana
- El territorio

b) Elementos Constitutivos

Se dice que son elementos constitutivos porque van surgiendo posteriormente a la existencia del Estado y estos van acorde a las necesidades de la población y el actuar del gobierno. Los cuales son:

- El fin del Estado
- La autoridad y el poder público
- El ordenamiento jurídico

1.6. Formas de Estado y sistemas de gobierno

Para poder definir de forma más precisa las formas de Estado y sistemas de gobierno, primero tenemos que hacer la aclaración y no confundir el Estado y Gobierno, como anteriormente se menciona, el termino Estado es utilizado para designar a la organización política en su totalidad, incluyendo todos los elementos que lo componen, a diferencia de gobierno término utilizado para designar a la totalidad de poderes públicos que son delegados en instituciones encargadas de ejercer la soberanía y que son regidas por un ordenamiento jurídico. Podemos decir que la palabra Estado abarca el todo, es un concepto más amplio y Gobierno es uno de los elementos del Estado.

1.6.1. Formas de Estado

Según se ha estudiado y analizado anteriormente se estableció que Estado es una organización política establecida en un territorio determinado que ejerce el poder sobre su población y cuenta con sus propias instituciones, en la cual la forma de estado hace referencia a la estructura misma de esta organización política, sin embargo, existen varios tipos o formas de estado entre los cuales podemos encontrar:

a) Unitario

En esta forma de estado existe únicamente un poder central que ejerce el poder y que sus decisiones serán para todo el territorio. Existe una sola constitución, un poder ejecutivo, un poder legislativo y un poder judicial. Esta forma de estado, a su vez, puede ser de dos tipos, Estado unitario centralizado en el cual las decisiones son tomadas por un poder central que afecta a todo el territorio y Estado unitario descentralizado en el cual sigue existiendo un poder central, pero este delega algunas funciones administrativas.

b) Federal

En esta clase de Estado existe un gobierno central, sin embargo, el poder también lo tienen instancias regionales, lo cual es la característica principal de esta forma de Estado, en algunos casos estas instancias tienen su propia ley y aunque en ocasiones

puedan ser políticamente contrarias del gobierno central, siempre están subordinados a este.

c) Compuesto

Son aquellos estados que conservan su soberanía política y jurídica, pero en unión con otros estados.

Esta forma de estados puede ser de tres tipos, unión personal en la cual solo un gobernante ejerce el control de dos o más organizaciones políticas y territoriales, Estados, un ejemplo actual de esta forma de Estado es la Mancomunidad de naciones, anteriormente llamada Mancomunidad Británica de Naciones, la cual es una organización que está compuesta por 53 países que tienen lazos con el Reino Unido con el único objetivo de la cooperación internacional en el ámbito político y económico, sin embargo, son soberanos e independientes.

Otro de los tipos es el de unión real en el cual los Estados siguen siendo soberanos, internamente cada gobierno se mantiene intacto para cada Estado, pero, a lo externo serán representados por un mismo monarca previo acuerdo de los gobiernos.

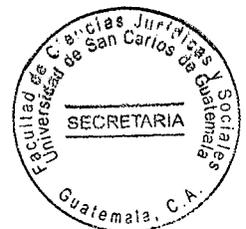
Por último encontramos a la forma de Estado confederado integrado por un grupo de estados soberanos en el cual cada uno posee sus propias leyes y que únicamente los une una o varias leyes comunes, sin que esto afecte la independencia de decisiones que cada uno posee.

1.6.2. Sistemas de gobierno

Un sistema de gobierno puede definir la estructura y tipo de Estado, anteriormente los autores se limitaban únicamente a estudiar a los órganos que estructuraban un Estado entendiendo así que la soberanía era una cualidad que les correspondía a estos órganos, estudiaban y profundizaban las formas de gobierno y no a los tipos de Estado, estableciendo una clasificación de las formas o sistemas de gobierno.

Varios fueron los autores que estudiaron y establecieron las formas de gobierno entre los cuales encontramos a Heródoto que en su obra los nueve libros de la historia hace la distinción entre los diversos tipos de gobierno clasificándolos en monarquía, democracia y aristocracia. Platón en su libro La Republica realizo la misma distinción de formas de gobierno. Aristóteles realizo la misma clasificación, con la diferencia, que utilizo un método inductivo estudian y analizando las constituciones de 158 Estados, estableciendo quienes eran las personas que ostentaban el poder en estos 158 Estados.

En su estudio Aristóteles se da cuenta que en algunos Estados el poder era ejercido por una persona y clasifico a este tipo de gobiernos como monarquía (monos, uno). También encontró que en otros Estados el poder era ejercido por un grupo de personas en específico a lo cual denomino aristocracia. Como resultado de este análisis también encuentra que en otros Estados el poder no era ejercido solo por una persona y tampoco por un grupo específico, el poder era ejercido por una mezcla de estos, denominando a esta forma como democracia.



Aristóteles dijo que cuando el único fin era realizar el bien común, todas las formas de gobierno eran puras o perfectas, sin embargo, estas formas de gobierno podían dejar de buscar el bien común y buscar únicamente el de los gobernantes, degenerando a la monarquía en tiranía, la aristocracia en oligarquía y la democracia en demagogia.

Se puede decir entonces que la clasificación de las formas de gobierno es la siguiente:

a) Monarquía

Forma de gobierno típico de un individuo, en el cual el poder supremo es ejercido por una sola persona que se le denomina monarca o rey el cual hace las veces de jefe de Estado. Una de las características principales de esta forma de gobierno es la sucesión hereditaria, pues, la forma de obtener el poder es heredándolo.

A su vez existe una división de la monarquía encontramos en esta a la monarquía absoluta en la cual el monarca o rey ejerce el poder sobre todas las instituciones, incluyendo lo religioso, ya que se asume que el rey es fuente de todo el poder y este se encuentra en una situación superior a la Constitución. Existe también la monarquía constitucional en la cual el rey se encuentra sujeto a lo establecido en la Constitución, quiere decir que se encuentra al margen de lo que la ley establece, este ejerce las atribuciones de jefe de Estado, pero existe la figura de un jefe de gobierno y existen otros órganos los cuales ejercen la soberanía.

b) República

En esta forma de gobierno el máximo representante es el jefe de Estado (presidente) el cual es atribuido a una persona o a un conjunto de ellas, su designación es mediante el voto popular o parlamentario para representar los intereses de la población por un tiempo previamente establecido. En esta forma de gobierno existe una clara separación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial con el objeto de asegurar un mejor balance.

A su vez la República puede ser de manera directa o indirecta, es directa cuando la población participa en algunas tareas estatales y es indirecta cuando se mantiene el principio de que la soberanía radica en el pueblo, pero se delega el ejercicio de esta en los gobernantes y solo se limita a designarlos por medio del voto.

Existe otra división en la cual la República puede clasificarse en repúblicas de régimen presidencial y repúblicas de régimen parlamentario.

La República es de régimen presidencial cuando el jefe de Estado tiene total independencia del órgano legislativo, quiere decir que tiene la total libertad para elegir directamente a su cuerpo de ministros, los cuales son responsables ante él.

La República es de régimen parlamentario cuando el parlamento tiene la dirección política del Estado y los ministros son responsables ante el parlamento.

c) Aristocracia

En esta forma de gobierno el poder lo ejercía un grupo social específico el cual, se supone, era el que contaba con mejores conocimientos académicos, intelectuales y morales por lo que se suponía podría ejercer de mejor manera las funciones de gobierno.

d) Democracia

Es una forma de gobierno que se caracteriza por defender la soberanía popular, quiere decir que los ciudadanos son los que eligen a sus gobernantes a través del voto. Existen mecanismos de participación de la población que pueden ser de manera directa o indirecta, los cuales fueron previamente establecidos.

La democracia se puede dividir en democracia representativa cuando la población elige a sus representantes los cuales ejercerán el poder en nombre de estos. La democracia participativa en la cual los ciudadanos pueden organizarse y tener influencia directa en las decisiones gubernamentales, existen instrumentos legales para regir esta participación tales como referendos, las iniciativas populares, la revocación de mando y apelación de sentencia. Y por último encontramos la democracia directa en la cual las decisiones se toman por voto popular por medio de mecanismos como los referéndums vinculantes, elecciones primarias o asamblea de ciudadanos.





CAPÍTULO II

2. Derecho mercantil

Se sabe que el derecho, como una ciencia, tiene como principal función estudiar y analizar las formas que la sociedad humana adopta con el fin de establecer los límites a sus conductas, estos límites se determinaran dependiendo del modo de ser de la sociedad y de los intereses que en esta dominen.

El derecho en general está compuesto de varias ramas jurídicas o clases las cuales tienen como función específica estudiar las relaciones y manifestaciones de la vida del hombre y en base a ese estudio establecer los principios fundamentales que posteriormente serán el derecho vigente, cada una de estas manifestaciones del hombre es específica de una rama jurídica la cual genera sus propios principios, diferentes a las otras ramas jurídicas sin afectarse entre ellas, pues, todas forman parte de la totalidad del ordenamiento jurídico.

2.1. Antecedentes históricos

Entre esas diversas ramas jurídicas que componen el derecho encontramos el derecho mercantil y para entenderlo de mejor manera se tiene que analizar cuál es el origen o la razón que da vida a esta rama del derecho, la razón de ser del derecho mercantil es el comercio, podemos definir al comercio como aquella actividad mediante la cual se produce un cambio, en el cual el comerciante servía como intermediario entre un



productor y un consumidor para poner al alcance de ambos los artículos y objetos que necesitaban obtener, con el propósito de lucro.

A continuación, se estudia la evolución del derecho mercantil.

2.1.1. Edad antigua

El derecho mercantil en comparación con las demás ramas del derecho en general se dice que es un derecho joven, por razones históricas, en la antigüedad los seres humanos satisfacían sus necesidades con lo que la naturaleza le proporcionaba y como consecuencia de su desarrollo fueron transformando objetos de la naturaleza, pero siempre para sus necesidades o del grupo al cual pertenecía, quiere decir que en esa etapa de la humanidad se producía únicamente para el consumo y sin ninguna intención de realizar algún intercambio con otras personas o grupos.

Como consecuencia de la evolución del hombre sus necesidades se hicieron más complejas y sus actividades económicas fueron evolucionando entre una de estas evoluciones o avances se dio la división del trabajo la cual dio vida al mercader o profesional del comercio, que sin ser parte directa de la producción de productos, los hacía circular, en un principio se daba una mercadería por otra, quiere decir que se realizaba un trueque, pero en el momento en que aparece la moneda como unidad representativa de valor se daba la mercadería a cambio de estas, estableciendo así las bases del comercio.



Existieron civilizaciones que realizaron tráfico comercial y colaboraron para fomentar las bases y regirlo entre las que podemos encontrar a los egipcios, los persas, los chinos y los hombres americanos, sin embargo, una de las culturas que tuvo una influencia mayor en el derecho mercantil fue la Grecia clásica, a pesar de que su mayor influencia a la ciencia jurídica fue en el campo de la ciencia política, hicieron del comercio una parte importante de su economía por la proximidad que tenían sus ciudades al mar mediterráneo y la facilidad del tráfico de las mercancías por la vía marítima.

Grecia clásica creó figuras las cuales sirvieron de base para algunas figuras mercantiles actuales y aún permanecen vigentes en el derecho mercantil, como el préstamo a la gruesa ventura figura en la cual una persona realizaba un préstamo a otro, de una embarcación, el cual condicionaba el pago del obligado a que la embarcación partiera y regresara al mismo puerto, figura que sirvió de base para el contrato de seguro.

El derecho romano también figura como una base para el derecho mercantil, pues a pesar de que en su territorio se aceleró el comercio, esto no generó un derecho mercantil autónomo, se utilizaba como base el jus civile que era un derecho que regía las relaciones de carácter privado entre los ciudadanos, a pesar del formalismo que lo enmarcaba se le otorgaron facultades de interpretación al administrador de la justicia para la aplicación de la Ley Civil al comercio supliendo la formalidad de esta con la elasticidad para lograr de esta manera hacer del comercio una actividad rápida y flexible.

Los romanos en su derecho crearon figuras tales como la acción institoria por medio de



la cual se le permitía al dueño de la negociación mercantil exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la otra parte, también crearon la actio exercitoria que se ejercía en contra del propietario de un buque para exigir el cumplimiento de las obligaciones que el capitán del mismo contraía y la nauticum fenus que actualmente se le conoce como préstamo a la gruesa.

El préstamo a la gruesa consiste en que un prestamista le otorga dinero u otros bienes de carácter fungible a un naviero para su transporte vía marítima, el naviero se obligaba a pagar el precio del riesgo si llegaba al puerto destinado y en si en algún caso no llegara a su destino el naviero nada debía al prestamista.

2.1.2. Edad media

En la edad media una de las manifestaciones más significativas es el nacimiento del feudalismo lo cual es resultado de la caída del imperio romano a manos de los barbaros, consistía principalmente en que el titular del feudo ejercía un poder superior a toda forma sobre el territorio que le correspondía, los feudos basaban su actividad económica en la agricultura y excluían el tráfico comercial por ser considerada deshonoroso. Se formaron las villas o pueblos en donde la burguesía comercial encontró un refugio, esta clase social tiene gran impacto y relevancia en la sociedad, pues tenía el poder de realizar cambios como resultado de la riqueza que poseían.

El poder que ejercía el feudo entro en conflicto con la monarquía, la cual encontró su principal aliado con la burguesía comerciante, estimulándolos en su función y con esto



se principia a definir el actual derecho mercantil.

Los comerciantes se organizaban en asociaciones a las cuales denominaron corporaciones las cuales estaban regidas por sus propios estatutos los cuales eran formados por las costumbres que ellos mismos habían practicado, dichos estatutos no solo estipulaban los derechos y obligaciones de los comerciantes, también organizaron su jurisdicción para la solución de sus conflictos la cual estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul, lo cual es el origen de los tribunales mercantiles.

Como acontecimientos relevantes en esta etapa del derecho mercantil se encuentran la letra de cambio, el nacimiento y consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, el fomento contrato de seguro, el inicio de un registro mercantil, pero el más importante es que el derecho mercantil surge como un derecho autónomo al derecho civil, en el cual se trató de estructurar todo lo referente al comercio y plasmarlo en una ley que rigiera lo cambiante del tráfico comercial.

2.1.3. Época moderna

Esta época se ve marcada por diversos acontecimientos, destacando entre ellos los avances científicos, la disolución de los sistemas medievales, la evolución industrial, pero el más significativo fue el descubrimiento de américa, descubrimiento que no fue casualidad pues los países europeos buscaban expandir el comercio y con este acontecimiento se expande la actividad comercial europea utilizando la vía marítima como su único medio de transporte.

En 1807 se crea el código de Napoleón, hecho que desencadena dos hechos trascendentales, el primero es la creación de un código propio para el comercio y el segundo es que el derecho mercantil deja de ser clasista y empieza a regir todo lo referente a las relaciones comerciales.

Actualmente se dice que el derecho mercantil se identifica más con el sistema capitalista, derecho que se ha desarrollado bajo una doctrina liberal, atendiendo a la flexibilidad, poco formalismo y libertad individual de comerciar.

2.2. Antecedentes históricos en Guatemala

En Guatemala el tema del derecho mercantil nos remonta a la época colonial, al ser colonizados por los españoles la vida jurídica era regida por la legislación metrópoli, sujetos al Virreynato de la Nueva España, el comercio de Guatemala y los demás países centroamericanos era jurisdicción de la casa de Contratación de Sevilla, fue hasta 1592 que paso a ser controlado por el consulado de México y resolvía cualquier controversia que de esta actividad pudiera surgir.

Como resultado de la insistencia de los comerciantes de la capitanía, el 11 de diciembre del año 1793 se creó el Consulado de Comercio de Guatemala por medio de Real Cedula en la cual se estableció que se utilizaría las ordenanzas de Bilbao, además de esto, separo la justicia mercantil el cual hasta ese momento era parte de los tribunales comunes, reservando los asuntos de comercio para jueces especiales.



En el gobierno del doctor Mariano Gálvez, se trata de evolucionar en el derecho mercantil y se sustituyen las leyes españolas por los códigos de Livingston los cuales contenían disposiciones referentes al comercio, sin embargo, al ser un conjunto de leyes redactadas para el Estado de Luisiana tuvo efectos negativos al momento de su aplicación en Guatemala.

Con el gobierno de Rafael Carrera, la evolución de la legislación guatemalteca se estanca aplicando nuevamente las leyes españolas, como consecuencia de esto se regresa al Consulado de Comercio. Es hasta el año de 1877 cuando en Guatemala se promulgan nuevas leyes y dentro de estas va incluido un nuevo Código de Comercio a la cual se le agrega una ley de juicios mercantiles. Sin embargo, dicho código no es un proyecto original, según mencionó la comisión redactora de ese tiempo, es una compilación de normas ya existentes en Europa y América, las cuales se adaptaban a las necesidades de la población guatemalteca de aquel tiempo.

En el año 1942 se promulga un nuevo código de comercio, Decreto Número 2946 del Presidente de la República, en el cual se consolidan en un mismo cuerpo legal varias leyes dispersas, haciendo un mayor énfasis en las convenciones internacionales en materia de letra de cambio, cheque y pagaré.

En la actualidad se encuentra vigente el Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, fue creado con el objeto de adaptar las figuras que en el contiene a la nueva realidad guatemalteca y es elaborado en base a



otros códigos de la región, especialmente al de Honduras, con el objetivo de buscar una unión legislativa en materia comercial y que exista un mercado común centroamericano.

Entre las principales metas alcanzadas con la elaboración del actual Código de Comercio se resalta la creación del Registro Mercantil, pues al momento de entrar en vigencia el Decreto Número 2-70, esta función era realizada por el Registro Civil de una manera muy limitada. También fueron trasladados contratos contenidos en el Código Civil los cuales se consideraban eran de carácter mercantil, tales como, el contrato de fideicomiso, contrato de representación, radiodifusión y representación escénica.

Cabe mencionar que este Código está en constante actualización, como resultado de la evolución del comercio y de la necesidad de adecuar este cuerpo legal a la actualidad guatemalteca, entre sus principales actualizaciones se hace referencia a todo lo que respecta a las sociedades.

Es necesario hacer énfasis en que todo lo referente a la actividad comercial guatemalteca no se encuentra regulado dentro del Código de Comercio, ya que el comercio se encuentra en constante evolución, existen diversas leyes de carácter ordinario las cuales forman parte del ordenamiento jurídico en materia mercantil.

2.3. Características del derecho mercantil

Cada rama del derecho en específico posee sus propias características las cuales las hacen únicas, determinadas características nacen de la materia que da vida o sirve de

base para cada una de ellas, en este caso en particular el derecho mercantil surge como consecuencia de la necesidad de regular todas las condiciones dentro del comercio, el cual tiene sus propias particularidades, dentro de las cuales se puede mencionar que el comercio es una actividad que se da en masa, no tiene un modo determinado de operar porque estos modos están en constantes cambios, es imperante la rapidez dentro de sus negociaciones y el comercio se puede dar dentro de la república y fuera de ella.

Las particularidades del comercio influyen en forma directa para establecer las características del Derecho Mercantil, dentro de las más importantes se pueden encontrar las siguientes:

2.3.1. Poco formalista

Se dice que el derecho mercantil es poco formalista porque ayuda a que la circulación dentro del tráfico comercial se pueda dar de manera fluida, salvo en los casos en que la seguridad jurídica se pueda ver vulnerada.

Se puede encontrar un claro ejemplo de la característica anterior en actos simples de la vida cotidiana "como en el simple acto de abordar un autobús, pagar el valor del pasaje y recibir un boleto, configura un contrato de transporte..."¹⁶, demostrando que existen actos mercantiles los cuales no podrían llevarse a cabo con los formalismos que exigen otras ramas del derecho.

¹⁶ Villegas Lara, Rene Arturo. **Derecho Mercantil**. Pág. 22



2.3.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

Esta característica está ligada al poco formalismo, porque surge de la necesidad de los comerciantes de encontrar nuevos métodos mediante los cuales pueda realizar una mayor cantidad de negociaciones en el menor tiempo posible y así lograr resultados más exitosos, obligando a las normas jurídicas pertenecientes a esta rama del derecho a ir evolucionando para poder funcionar junto con la realidad que se presenta dentro del tráfico comercial.

2.3.3. Adaptabilidad

Esta característica explica que el comercio es una actividad humana en la cual influyen diversos aspectos como políticos, científicos y culturales, por lo que está en constante cambio junto con los métodos o formas de tráfico comercial y de allí surge la adaptabilidad del derecho mercantil porque las normas jurídicas deben irse desarrollando junto con estos cambios para poder funcionar de mejor manera junto con la realidad comercial.

2.3.4. Tiende a ser internacional

El comercio tiene una tendencia marcada a ser de carácter internacional, pues la producción de bienes y mercaderías no es exclusivamente para el mercado local, puede darse el tráfico comercial a nivel nacional e internacional, eso ha obligado a tratar la uniformidad de las normas de carácter mercantil a nivel mundial, con el único objetivo de

facilitar el tráfico comercial en el extranjero.

Entre uno de los avances que podemos encontrar en la actualidad con respecto a la uniformidad de normas de carácter mercantil es en materia de títulos de crédito, avances que se han logrado con el apoyo de organizaciones internacionales como Naciones Unidas, que se ha encargado de fomentar la sistematización del Derecho Mercantil Internacional.

2.3.5. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

Uno de los elementos principales del derecho en general es la seguridad jurídica la cual se apega a los mecanismos formales establecidos en norma dentro de los cuales podemos encontrar la forma de contratar, sin embargo, el derecho mercantil basa esta seguridad jurídica en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, por lo que ninguna de las partes puede desvirtuar por ningún acto lo que se ha pactado en el momento de obligarse, esto se da por la rapidez y poco formalismo que caracteriza al derecho mercantil.

2.4. Fuentes del derecho mercantil

Cuando se habla de fuentes del derecho, en general se hace referencia a todo lo que sirve de base o contribuye para la creación de un conjunto de normas jurídicas que serán de aplicación para la sociedad. En este caso la rama objeto de estudio es el derecho mercantil, el cual ha encontrado sus fuentes en:



2.4.1. La costumbre

La costumbre es fuente del derecho en general, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco podemos encontrar el fundamento de esto en la Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo dos, Fuentes del Derecho, en donde establece en su parte conducente que “La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

Remontándose al inicio o nacimiento del Derecho Mercantil se encuentra que se da como resultado de la imperante necesidad de regular el comercio, actividad que se realizaba entre las personas de manera cotidiana, como una costumbre, siendo esta la primera fuente del Derecho Mercantil.

2.4.2. La jurisprudencia

En general la jurisprudencia es fuente complementaria dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala, por consecuencia lo es también dentro del Derecho Mercantil.

Sin embargo, su efecto vinculante en esta rama del derecho es muy limitado, agregando que actualmente la jurisprudencia ya existente no genera nuevas normas, demostrando que en nuestra legislación existe poca valoración a la jurisprudencia como fuente del derecho.



2.4.3. La ley

Según la Ley del Organismo Judicial, en sus Artículos dos y tres la fuente primaria del derecho es la ley. En Guatemala la base de toda la normativa legal es la Constitución Política de la República y el Derecho Mercantil no es la excepción, sin embargo, en el Código de Comercio y demás leyes de carácter ordinario en materia mercantil, se desarrollan todos los preceptos que sirven para regir la actividad de los comerciantes, las cosas mercantiles y negocios mercantiles.

2.4.4. La doctrina

Algunos estudiosos del derecho sostienen que la doctrina no es fuente de ley, sin embargo, para la rama del Derecho Mercantil la doctrina si es fuente, según lo establece el artículo uno del Código de Comercio de Guatemala, en el cual indica que en caso de que alguna disposición no se encuentre establecida en dicho cuerpo legal, se aplicaran supletoriamente las disposiciones del derecho civil pero se interpretaran de acuerdo a los principios doctrinarios que inspiran al derecho mercantil.

Se dice que la doctrina va de la mano de la practica incluso por delante del derecho vigente, esta situación se da porque el proceso legislativo es lento y el derecho mercantil está en constante cambio. No obstante, los principios doctrinarios que son de carácter fundamental dentro del derecho mercantil, vienen a complementar la ley ayudando a la interpretación de la misma.

2.4.5. El contrato

El contrato es considerado fuente del derecho generalmente en el campo de derecho privado, este contiene las voluntades o convenios de las partes que celebran dicho acto, lo que encierra la autonomía de la voluntad en la rama del derecho mercantil. Cuando se analiza un contrato se puede observar que en él se establecen las condiciones bajo las cuales se efectuara un negocio mercantil o bien regulan las características del tráfico comercial.

En el derecho mercantil se da la particularidad de que se pueden celebrar contratos con modalidades muy especiales, los cuales algunas veces no están establecidos en ley y toman una forma de contratos atípicos.

Es importante mencionar que, si bien el contrato se puede tomar como una fuente para el derecho mercantil, este solo surte efectos entre los sujetos que celebran dicho acto, el contrato está definido como Ley entre las partes, por lo tanto, sus disposiciones no son de aplicación general.

2.5. Concepto

El derecho mercantil encuentra su base y nacimiento en el comercio, el cual es cambiante porque se encuentra en constante evolución y en el cual intervienen varios elementos los cuales determinan la forma en que se va a desarrollar la relación comercial, por lo que doctrinariamente no se puede establecer una definición uniforme o



universal, sin embargo, diversos tratadistas lo han definido como el conjunto de normas pertenecientes a la rama del derecho privado, que busca normar las relaciones de los comerciantes en el ejercicio de su profesión o a las personas que realizan actos de comercio legalmente calificados.

“Se puede definir como el conjunto de normas jurídicas especiales de Derecho Privado adaptadas a las exigencias del tráfico mercantil”¹⁷, cabe resaltar que en la anterior definición hace referencia a una de las características del derecho mercantil, la adaptabilidad de las normas para asegurar el tráfico mercantil.

En el sentido de lo amplio que puede ser el derecho mercantil y de los diversos criterios desde los cuales se puede definir, existe un concepto subjetivo y objetivo.

Desde el criterio subjetivo el derecho mercantil se define como el conjunto de doctrinas, principios y normas de derecho sustantivo encargadas de regir la actividad de los comerciantes en su función profesional, este criterio se da con el desenvolvimiento histórico de esta rama del derecho, ya que en la época medieval la normativa comercial estaba únicamente destinada a los comerciantes, por eso se le denomina subjetivo, porque el elemento principal o esencial es la persona que interviene en el tráfico comercial.

Desde el criterio objetivo el derecho mercantil se define como el conjunto de doctrinas, principios y normas de carácter sustantivo que se encargan de regir los actos referentes

¹⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho Mercantil**. Pág. 19



al comercio, como un aporte a este criterio surge el Código de Napoleón el cual dio un nuevo enfoque al comercio estableciendo el acto como el elemento principal dentro del comercio. Las normas jurídicas de carácter mercantil ya no se basarían en la persona, pasarían a enfocarse en las relaciones jurídicas que se encuentren tipificadas en los cuerpos legales de carácter mercantil.

2.5.1. Concepto en Guatemala

Para poder definir el derecho mercantil en Guatemala se debe iniciar por establecer su marco jurídico el cual se encuentra contenido en el Código de comercio que sirve para “normar la actividad profesional de los comerciantes (personas), las cosas mercantiles (bienes), y los negocios jurídicos mercantiles (obligaciones y contratos)”¹⁸.

Es importante mencionar que si bien es donde se concentra la mayor parte del derecho mercantil vigente en nuestro país, no es la única norma jurídica que lo contiene, debido a lo variable de esta rama del derecho, se encuentra normada por otras leyes de carácter ordinario entre las que se puede mencionar a la ley de bancos y grupos financieros, ley de almacenes generales de depósito, ley de seguros, ley del mercado valores y mercancías, ley de la propiedad industrial, las que son unas de las más importantes.

Una de las principales ramas del derecho que sirvió como base para el nacimiento del derecho mercantil fue el derecho civil, el cual se encuentra regulado en su ordenamiento

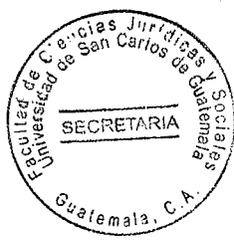
¹⁸ Villegas Lara, Rene Arturo. **Op. Cit.** Pág. 21



jurídico de manera ordenada y concreta, estableciendo elementos teóricos e instituciones a las cuales la sociedad guatemalteca se ha ido adaptando, en contrario con el derecho mercantil el cual se ha enfocado en evolucionar y adaptarse a la cambiante practica del comercio.

Entonces en Guatemala el derecho mercantil se puede definir como un conjunto de doctrinas y normas jurídicas codificadas o no, que se encuentran en un mismo cuerpo legal o en varias leyes de carácter ordinario, las cuales se encargan de regir la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil, basándose en los principios de buena fe, la verdad sabida, onerosidad, intención de lucro y que ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.





CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles

También conocido como contrato comercial, para que un contrato sea catalogado como mercantil, su objeto principal tiene que ser el comercio, el cual consiste en un negocio bilateral de carácter jurídico mercantil, el negocio jurídico que encierran los contratos se considerara un acto de comercio dependiendo del ordenamiento jurídico, dependiendo también de las personas que en el intervengan si son o no comerciantes y en función del objeto que dio vida al contrato que debe estar establecido en la norma jurídica mercantil.

En el derecho mercantil el contrato se interpreta como una fuente de este, sin olvidar que no es de carácter general, únicamente es ley para las partes que se encuentran dentro del contrato, este será el medio por el cual se le dará movimiento al tráfico comercial y servirá para el surgimiento de obligaciones de origen contractual.

En la teoría general de los contratos no se encuentra una diferencia establecida entre los campos civil y mercantil, sin embargo, se establece la normativa legal para cada uno de estos campos, los contratos mercantiles se encuentran regulados en el Código de Comercio de Guatemala, por las leyes especiales en materia mercantil y en los casos que no se encuentre regulado se aplicaran supletoriamente las leyes de materia civil.

Como resultado de que en la teoría general de los contratos no se establece de manera



clara las diferencias de contratos civiles y mercantiles, no se puede desarrollar una teoría general de los contratos mercantiles, pero se puede hacer énfasis en las características especiales que encierran los contratos mercantiles entre las que podemos resaltar que se producen en masa, con celeridad y con pocos formalismos, lo cual en la contratación civil no se puede observar.

3.1. Características

Al momento de definir el contrato de manera general, se sabe que es el medio por el cual dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, pero en materia mercantil los contratos poseen ciertas especialidades como:

3.1.1. La representación para contratar

La representación para contratar lo que doctrinariamente se conoce como representación aparente, la cual consiste en que una persona puede representar a otra sin la necesidad de ostentar un mandato siempre y cuando expresa o tácitamente exista una confirmación del representado, atendiendo a la característica del derecho mercantil que es poco formalista.

3.1.2. Forma

Entre otra de las especialidades que poseen los contratos mercantiles se encuentra la forma de contratar, los contratos mercantiles para su validez no exigen formalidades



especiales, se pueden realizar de cualquier forma o idioma y las partes quedaran obligadas a los términos que en él se establecen, siempre y cuando se realicen en el idioma del país en el cual tendrá validez, por ejemplo si es en Guatemala el contrato tiene que realizarse con el idioma español y no contrariar las normas jurídicas fundamentales de la Republica, existen excepciones a esta especialidad pues los contratos de fideicomiso y sociedad se deben realizar en escritura pública.

Esta especialidad atiende a la característica del Derecho Mercantil de la libertad en los medios para traficar.

3.1.3. Los contratos por adhesión

En los contratos mercantiles puede surgir una especialidad a la que se le denomina por adhesión, en el cual las condiciones ya se encuentran establecidas por la persona o entidad que ofrece un servicio sin opción de poder modificarla, especialidad que ha sido criticada fuertemente pues deja en una posición desfavorable al consumidor frente al que ofrece un bien o servicio. Se considera que la especialidad de contratos por adhesión es la manera más favorable de realizar las negociaciones en masa, característica del derecho mercantil.

El Código de Comercio de Guatemala establece determinadas normas para esta modalidad o especialidad en los contratos, mediante las cuales busca proteger a los consumidores.



3.1.4. Omisión fiscal

Una de las características especiales de los contratos mercantiles surge en el momento en que uno de los contratantes omite el pago de la tributación fiscal, situación que no hace que el acto sea ineficaz, como lo puede ser en otra rama del derecho, según se establece en el artículo 680 del código de comercio “Los efectos de los contratos y actos mercantiles no se perjudican ni suspenden por el incumplimiento de leyes fiscales...” sin embargo, esto no los libera de pagar el impuesto omitido. Característica que busca proteger el principio mercantil de la buena fe.

3.1.5. Libertad de contratación

Considerado como la máxima expresión de libertad, el contrato otorga a las personas la potestad de hacer o no hacer siempre respetando los límites que la ley establece para la sociedad. Según el Artículo 681 del código de comercio “Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho”.

3.1.6. Efectos de la cláusula rebus sic stantibus

También conocida como la teoría de la imprevisión, en la cual se establece que los contratos se van a cumplir siempre y cuando las circunstancias se mantengan en las mismas situaciones iniciales. En materia mercantil únicamente en los contratos de tracto sucesivo y de ejecución diferida puede demandarse la terminación de este contrato por parte del deudor cuando sobrevengan hechos extraordinarios o impredecibles que



hagan que el cumplimiento de la obligación se convierta demasiado onerosa, la terminación de estos no afecta las obligaciones ya cumplidas y tampoco las que hubiere incurrido en mora.

3.1.7. Contratante definitivo

Esta característica surge del poco formalismo que prevalece en el derecho mercantil, en la cual una persona puede contratar un negocio con otra persona, pero realizara este negocio en nombre de alguien más, pero tiene la obligación de designar al contratante definitivo en un plazo no mayor de tres días, en caso contrario el contrato se llevara a cabo con las personas iniciales.

3.2. Clasificación general

Existe una clasificación general de los contratos, la cual sirve como base para las ramas del derecho civil y mercantil, la cual se divide de la siguiente manera:

3.2.1. Bilaterales y unilaterales

En este tipo de contratos se hace énfasis en sobre quien o quienes recae el cumplimiento de la obligación contraída, en los contratos unilaterales únicamente una de las partes es la obligada al cumplimiento de determinada obligación y en los contratos bilaterales las partes se obligan de manera recíproca.



3.2.2. Onerosos y gratuitos

Los contratos onerosos son aquellos en los cuales se condiciona la realización o cumplimiento de una prestación a cambio de otra, aunque estas no sean equivalentes y en los contratos gratuitos sucede todo lo contrario se realiza una prestación sin esperar nada a cambio, es importante mencionar que en el derecho mercantil no se da el tipo de contratos gratuitos, pues uno de sus principios fundamentales es el carácter oneroso.

3.2.3. Consensuales y reales

Los contratos son de carácter consensual en el momento que las partes dan su consentimiento y los contratos reales se perfeccionan cuando se hace efectivo el negocio que contiene, es decir cuando se entrega el objeto del negocio.

3.2.4. Nominados e innominados

Un contrato puede tener un nombre como resultado de la practica social o porque la ley le da un nombre, cuando esto sucede se dice que el contrato es nominado y en el caso que cualquier contrato no tenga nombre se dice que es innominado.

3.2.5. Principales y accesorios

La característica esencial de los contratos principales es que para nacer a la vida jurídica y surtir efectos lo hace por sí mismo, sin necesidad de otro, y los contratos



accesorios dependen de la existencia de otros para surtir efectos.

3.2.6. Conmutativos y aleatorios

Estos contratos se pueden clasificar como una subdivisión de los contratos onerosos, un contrato es conmutativo cuando ambas partes tienen conocimiento desde su celebración cuáles serán sus obligaciones, beneficios y los riesgos de pérdidas. Y son aleatorios cuando la obligación depende de un acontecimiento futuro e incierto, por lo cual no se puede determinar la ganancia o pérdida.

3.2.7. Solemnes y no formales

Los contratos son solemnes cuando para nacer a la vida jurídica necesita cumplir con determinadas formalidades y es no formal cuando no tiene ningún requerimiento específico para surtir efectos, sin embargo, en el derecho mercantil se utiliza los contratos no formales a excepción del fideicomiso y las sociedades, pues uno de las características principales del derecho mercantil es el poco formalismo.

3.2.8. Condicionales y absolutos

Cuando la obligación no está sujeta a ninguna condición el contrato se clasifica como absoluto y si la obligación está sujeta a una condición suspensiva o resolutoria es absoluto.

3.2.9. Instantáneos y sucesivos

Los contratos sucesivos o de tracto sucesivo son aquellos en los cuales su cumplimiento se establecerá en un plazo determinado y los instantáneos son los contratos que se consuman en el momento de celebrarlos.

3.2.10. Típicos y atípicos

Cuando una ley determina los elementos esenciales de un contrato y le otorga una estructura determinada se está frente a un contrato típico y cuando un contrato no está contemplado en ley, pero aun así este crea, modifica o extingue una obligación se le denomina contrato atípico.

3.3. Clasificación principal en Guatemala

Los contratos mercantiles cuentan con una clasificación específica en la cual cada uno de ellos posee características distintas y elementos propios, entre los principales contratos mercantiles se puede encontrar:

3.3.1. Contratos típicos

Son aquellos contratos en los cuales sus elementos, características y función se encuentran establecidos en la norma jurídica mercantil, específicamente en el Código de



Comercio de Guatemala Decreto 2-70 y demás normas especiales de carácter ordinario.

Los cuales se clasifican de la siguiente manera:

- a) Contrato de compra venta mercantil
- b) Contrato de suministro
- c) Contrato estimatorio
- d) Contrato de depósito mercantil
- e) Contrato de apertura de crédito
- f) Contrato de descuento
- g) Contrato de cuenta corriente
- h) Contrato de reporto
- i) Contrato de cartas de órdenes de crédito
- j) Contrato de crédito documentario
- k) Contrato de tarjetas de crédito
- l) Contrato de fideicomiso
- m) Contrato de transporte
- n) Contrato de participación
- o) Contrato de hospedaje
- p) Contrato de agencia y distribución o representación
- q) Contratos sobre el derecho de autor y derechos conexos
- r) Contrato de seguro
- s) Contratos de reaseguro y de cesión de cartera
- t) Contrato de fianza y reafianzamiento
- u) Contratos de bolsa

3.3.2. Contratos atípicos

Los contratos atípicos son aquellos que no se encuentran regulados por la ley, sin embargo, estos crean, modifican o extinguen obligaciones y se dan como resultado de la práctica constante en la realidad de la actividad comercial, fundamentados en el poco formalismo que caracteriza al derecho mercantil. Dentro de los contratos atípicos mercantiles que actualmente se utilizan de manera más frecuente en Guatemala, se pueden encontrar los siguientes:

- a) El contrato de leasing
- b) Contrato de factoring
- c) Contrato de underwriting
- d) Contrato de franquicia
- e) Contrato de joint ventures
- f) Contrato de concesión comercial
- g) Contrato de tiempo compartido y clubes de campo
- h) Contratos relacionados con la propiedad intelectual, el servicio profesional y la informática

3.4. Contrato de tarjeta de crédito

Es un contrato típico el cual se encuentra regulado en el Código de Comercio de Guatemala Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 757, por efectos de la investigación se desarrollará únicamente este contrato.

3.4.1. Antecedentes

La tarjeta de crédito surge como resultado del cambio constante en lo relativo a los mecanismos de crédito y de pago que se utilizan en el comercio, dentro de la actividad comercial el lucro siempre ha sido el objetivo principal, sin embargo, en el transcurso de la historia se han dado diversos modos de pago, un ejemplo se da en la época primitiva en la que el hombre recurría al cambio de un objeto de valor real por otro de la misma naturaleza, lo que se denominaba como trueque y era una forma de pago, con el fin de satisfacer sus necesidades.

El trueque se mantuvo como medio de pago hasta que surge una medida de pago general de valores a la cual se le llamo moneda, lo que dio paso a la compra venta ya que se podía dar el cambio de un valor real, el cual era un objeto o mercancía, a cambio de un valor denominativo.

Conforme fue avanzando la actividad mercantil, el modo de pago fue evolucionando, creando documentos representativos de pago, cuya función esencial era el pago de una cantidad de dinero al momento de su presentación. Entre los documentos que fueron naciendo con la evolución del comercio se puede mencionar el cheque, el cual fue generalizado y utilizado a principios del Siglo XX, en el mundo occidental. La letra de cambio fue otro de los documentos representativos de valor que surgen con la evolución del comercio, el cual consistía en que representaba una cantidad de dinero que se tenía que pagar en tiempo previamente establecido, lo cual facilitaba la concesión de créditos.



En la actualidad los documentos representativos de valor como el cheque, la letra de cambio y el pagaré siguen siendo de uso cotidiano en la actividad comercial como un medio de pago, sin embargo, ha surgido una forma diferente de pago perteneciente a una industria relativamente joven comparada con los demás documentos, la tarjeta de crédito, cuya utilización ha incrementado de manera considerable de unas décadas atrás hasta la fecha, como un sistema de pago cuya aceptación es tácitamente obligatoria en la compra de bienes o por la retribución de determinados servicios.

La tarjeta de crédito es considerada como el último eslabón en la evolución de los mecanismos de pago y uno de los objetivos principales de la tarjeta de crédito es reemplazar a los demás documentos de valor representativo y ser el principal sistema de pago.

El surgimiento de la tarjeta de crédito como documento representativo de valor se da apegado al constante desarrollo de las actividades mercantiles, el aumento en el consumo y como una medida de seguridad para evitar movilizar el dinero en efectivo, siendo esta una herramienta, con la cual al momento de ser presentada por el titular le permitía disponer de bienes o servicios sin hacer una entrega inmediata de dinero en efectivo, cumpliendo una función similar a la carta de orden de crédito, la cual se utilizaba con posterioridad.

Cuando se remonta al pasado para establecer el momento preciso en el cual la tarjeta de crédito tiene su origen, algunos autores afirman que su nacimiento se da en Europa en los países de Francia, Inglaterra y Alemania a principios del Siglo XX, sin haber



tenido mayor impacto y por consecuencia su crecimiento fue casi nulo, estos países trasladan la tarjeta de crédito a Estados Unidos de Norteamérica en donde fue tomando un mayor auge. Otros pensadores sostienen que la tarjeta de crédito tuvo su origen en Estados Unidos de Norteamérica en donde tuvo su mayor desarrollo y posteriormente fue trasladada a todas partes del mundo.

Entre los visionarios que establecieron los primeros antecedentes de las tarjetas se puede encontrar a Edwar Bellamy, originario de nueva Inglaterra, autor del libro Looking Backward el cual fue publicado en el año de 1888, en este libro Edwar Bellamy, escribe una historia imaginaria y futurista para su época, en la cual se adelanta al año 2000 y encuentra un Estado capaz de satisfacer las necesidades básicas de todos sus habitantes sin nada a cambio.

El gobierno a cada inicio de año entrega a sus habitantes todos los insumos necesarios para las necesidades de un año y para que las personas puedan obtener todo lo de inmediato consumo y bienes perecederos que no eran distribuidos en los almacenes estatales, se les otorgaba una tarjeta de pago, en cartón, a cambio de unos pocos dólares y con la cual podían obtener todo lo que necesitaban.

Entre los visionarios que sobresalen, se puede mencionar a Joshua Kelly Waddilove, quien se preocupaba mucho por los problemas sociales y eso lo impulso a crear una especie de cheques que entregaba a las madres necesitadas a cambio de unos pocos peniques, los cuales eran aceptados en los establecimientos comerciales locales, con los cuales se había logrado un convenio previo, este sistema fue tan exitoso que



impulso a Waddilove, a crear su propia compañía en Bradford llamada Provident and Clothing Supply Company, la que es considerada pionera en ofrecer créditos al consumo través del sistema de cheques creado por Waddilove.

Se considera que Joshua Kelly Waddilove, fue uno de los pioneros en las tarjetas de crédito, basándose en que creo un sistema por medio del cual el pago se hiciera a través de un documento diferente al dinero. Otros de los aspectos es que a través del sistema creado por Waddilove, se otorgaba un crédito rotativo mediante el cual las personas iban saldando su deuda y obtenían nuevos documentos de crédito para utilizarlos como medio de pago.

Para encontrar los primeros antecedentes de la tarjeta de crédito actual es necesario remontarse al año de 1914 en Estados Unidos de Norteamérica, cuando la compañía General Petroleum Corporation of California (Corporación Petrolera General de California), que actualmente se conoce como Mobil Oil (Aceite Móvil), emitió tarjetas de crédito las cuales fueron distribuidas entre sus empleados y algunos clientes que fueron seleccionados. A mediados de la década de los años veinte otras compañías como Texaco y Standard Oil (Aceite Estándar) crearon sus propias tarjetas que fueron entregadas a sus mejores clientes para la adquisición de sus productos.

En el año de 1915 se encuentra otros antecedentes cuando una compañía telegráfica emite tarjetas que sirven para confirmar y autenticar sus telegramas. También la empiezan a utilizar cadenas hoteleras, entregando a sus clientes preferentes tarjetas las cuales podían utilizarlas dentro de sus hoteles y realizar cualquier pago con ellas, sin



necesidad de cumplir esta obligación con la moneda legal en curso, posteriormente los titulares de estas tarjetas liquidaban el saldo de sus tarjetas en las oficinas centrales de las cadenas de hoteles.

El rápido crecimiento y la buena aceptación de las tarjetas de crédito se ven afectadas en octubre del año de 1929 debido al desplome de la bolsa de valores, agregándole a esto la implementación de normas crediticias y el aumento en la morosidad de parte de los titulares de las tarjetas, lo cual disminuyó el uso de las tarjetas de crédito.

Sin embargo, en el año de 1932 en la era del presidente norteamericano Frankil Roosevelt, las tarjetas de crédito vuelven a tomar auge y son relanzadas con un nuevo enfoque, dándolas a conocer como un instrumento que servía a las empresas para promocionar sus ventas, tan buena fue su aceptación que en el año de 1936 las tarjetas de crédito extienden su mercado a las compañías aéreas y ferroviarias.

Con la llegada de la segunda guerra mundial nuevamente se acentúa la crisis con las tarjetas de crédito y el uso de estas se ve disminuido, a tal punto de casi desaparecer fenómeno que se da como resultado de la dificultad de obtener créditos durante el periodo conocido como economía de guerra y de todas las medidas de restricción que fueron adoptadas por el gobierno de Estados Unidos de Norteamérica.

Según Roberto A. Muguillo, hasta este momento en la historia la tarjeta de crédito se encontraba establecida en su primera etapa evolutiva, porque a pesar de sus avances y buena aceptación, únicamente era utilizada dentro del comercio de Estados Unidos de



Norteamérica y era completamente desconocida en el resto del mundo.

Hasta este momento la tarjeta de crédito era de carácter bilateral, pues únicamente participaban dentro las operaciones el titular que se obligaba a pagar la totalidad del crédito o realizaba el pago de cuotas periódicas y el comerciante, el cual vendía productos o servicios y le otorgaba más crédito al cliente, siempre y cuando este cumpliera con su obligación de pago.

En esta primera etapa evolutiva las compañías empezaban a experimentar con los llamados créditos rotativos, que consistía en otorgaban un crédito a las personas, en el cual establecían un límite, el cual era proporcional dependiendo a los recursos de cada particular, el titular de esta tarjeta podía realizar cualquier tipo de operación y al finalizar cada mes recibía el detalle de las operaciones realizadas junto con totalidad del pago a realizar, el titular tenía la libertad de pagar íntegramente el total del importe o realizar únicamente el pago de una parte de la deuda.

Con el fin de la segunda guerra mundial las tarjetas de crédito vuelven a cobrar auge y entran en una nueva etapa a la cual se le denominó la etapa adulta de las tarjetas de crédito, etapa en la cual la característica de bilateralidad de las tarjetas desaparece y pasan a ser de carácter trilateral en la que el emisor de la tarjeta es una persona diferente al comerciante encargado de suministrar bienes o servicios al titular de una tarjeta, el comerciante posteriormente a realizar la entrega de bienes o servicios realizaba el cobro al emisor de la tarjeta.



El emisor administraba las tarjetas de una marca en específico y otorgaba al titular un crédito el cual era cancelado mensualmente, característica que aún conservan las tarjetas de crédito en la actualidad.

En el año de 1950 surge la primera empresa especializada en la emisión de tarjetas de crédito llamada Diners Club (Club de Comensales), empresa que emite su primera tarjeta en el año de 1951 y un año después había logrado emitir más de 20,000 tarjetas de crédito, la aceptación de las tarjetas emitidas por esta empresa fue tan buena que en el año de 1959 había puesto a disposición de los particulares más de 1 millón de tarjetas de crédito.

Todo surge cuando en el año de 1949 Frank McNamara, invita a muchos de sus amigos a un restaurante muy lujoso ubicado en la ciudad de New York, cuando llega el momento de trasladarle la cuenta el señor McNamara, se percata de que no traía consigo dinero, motivo por el cual realizo una promesa de pago a futuro con el restaurante. Este incidente fue el que impulso al señor Frank McNamara, a pensar en la creación de un sistema de crédito por medio del cual pudiera realizar cualquier clase de pago en los lugares que visitara y de esta manera mostrar su respetabilidad de crédito.

Situación similar ocurre en las costas americanas de California en el año de 1949, el señor Alfred Bloomingdale, crea una tarjeta a la cual le denomino Dine and Sign, lo que traducido al español significa Coma y Firme, idea muy similar a la del señor Frank McNamara. Al momento de ver la similitud en sus ideas, ambos personajes deciden encontrarse y unir esfuerzos, como resultado de esta fusión surge la empresa y tarjetas



Diners Club, la cual se estableció de manera rápida en todo el país de Estados Unidos de Norteamérica y posteriormente se convierte en la primera tarjeta acreditada a nivel mundial.

En sus inicios la empresa de tarjetas de crédito Diners club no otorgaba una verdadera tarjeta, los clientes recibían un carné de cartón acompañado de un talonario en el cual especificaba el nombre y número de identificación del titular, datos que servían al comerciante para el posterior cobro a la empresa emisora de la tarjeta, con dicho talonario los titulares recibían una lista detallada todos los establecimientos comerciales en los cuales podían utilizar su crédito.

La empresa Diners Club realizaba el pago a todos los comercios en los cuales se realizaban transacciones con sus tarjetas, a este pago se le deducía una cantidad previamente acordada con los establecimientos, la cual tomaban como un descuento, que servía para compensar los gastos de la empresa por emitir las tarjetas, posteriormente la empresa Diners Club solicitaba a sus clientes el pago de total de sus cargos, cumpliendo así con la característica trilateral en la nueva era de las tarjetas de crédito.

La buena aceptación entre los particulares y la rápida evolución de las tarjetas de crédito dieron paso a que en muy poco tiempo se extendiera el ámbito de su uso, pasando de algunos establecimientos con los cuales existía un acuerdo previo, a poder ser utilizada como medio de pago en todo tipo de servicios y bienes, no solo en el país norteamericano, sino también en el ámbito internacional. Con el buen desarrollo y el



éxito alcanzado con las tarjetas de crédito de la empresa Diners Club, surgió la competencia nuevas empresas en este ámbito.

Entre los nuevos competidores para el campo de las tarjetas de crédito se encontraba Carte Blanche creada en 1959 por la exitosa cadena hotelera Hilton. Sin embargo, la que más destaco fue American Express Company, la cual era una compañía dedicada exclusivamente a las actividades de viajes para lo que emitía cheques de viaje a sus clientes, en 1958 crea su propia marca de tarjetas de crédito dentro de la línea llamada Travel and Entertainment, la cual tuvo una gran aceptación entre sus clientes, su desarrollo y evolución fue tan grande que en la década de los años 80 American Express empezó a desplazar a la empresa Diners Club.

El grupo denominado Sears Roebuck de Estados Unidos de Norteamérica propietario de la mayor cadena de almacenes tanto en su país como en el extranjero, en los años 50 crea la nueva tarjeta de crédito llamada Sears Card (Tarjeta Sears), la cual era utilizada para realizar compras y operaciones financieras en los establecimientos comerciales del grupo, los cuales se encontraban establecidos en varios países.

Posteriormente este mismo grupo crea a la mayor empresa emisora de tarjetas llamada Greenwood Trust, la cual emite la tarjeta de crédito Discover, esta tarjeta se caracterizó por ser la primera que incorpora a los bancos en su emisión y operatividad, siendo este el administrador de las tarjetas.

Con la inclusión de las instituciones bancarias en la operatividad de las tarjetas de



crédito, en el año de 1951 estas instituciones incursionan en el campo de las tarjetas de crédito, específicamente el banco Flatbush National Bank de Nueva York, fue el primero en emitir su propia tarjeta de crédito a la cual nombraron como Charge-it, que era de uso exclusivo para sus clientes y era utilizable en los comercios afiliados. En ese mismo año en el mes de agosto el banco Franklin National Bank de la ciudad de Nueva York también emite su propia tarjeta, la cual se caracterizaba porque podía ser utilizada por cualquier persona, sin importar que fuera cliente de otras instituciones bancarias.

Fue tan significativa la incursión de las instituciones bancarias en el ámbito de las tarjetas de crédito que ya en el año de 1957, existían 26 bancos que ofrecían sus tarjetas a más de 750,000 clientes, las cuales podían ser utilizadas por en 11,000 establecimientos aproximadamente y las transacciones realizadas por sus titulares superaban los 40 millones de dólares.

Las instituciones bancarias con el objetivo de expandir el mercado de las tarjetas de crédito empezaron a realizar técnicas inadecuadas, tales como, enviar tarjetas de crédito a clientes sin que estos realizaran alguna solicitud, para disminuir estas malas prácticas las autoridades financieras federales tuvieron que intervenir y obligar a los bancos a erradicar estas actividades.

Ante esta situación hubo muchas críticas de los clientes, quienes se negaron a aceptar los cargos en las tarjetas por no haberlas solicitado, fue necesaria la intervención de los tribunales federales, los cuales fallaron a favor de los clientes, indicando que en caso de que la tarjeta no fuera solicitada, los cargos en esta no procedían, aunque la tarjeta



hubiere sido utilizada por el titular, situación que fomento al fraude y ocasiono perdidas numerosas a los bancos.

En este punto de la historia de las tarjetas de crédito, nuevamente atraviesan una baja en la expansión de su mercado y en la emisión de estas, como resultado de la falta de regulación legal y seguridad jurídica a las entidades bancarias, situación que se agrava por la omisión de estudios de solvencia previos a la emisión de las tarjetas de crédito, sin embargo, de forma progresiva los bancos fueron restableciendo su emisión, obligados por la dinámica de las actividades comerciales.

En este punto las tarjetas de crédito seguían sin tener una norma jurídica que ofreciera seguridad para los emisores y los clientes, a pesar de que algunos bancos tenían medidas similares y procedimientos de identificación parecidos. Ante la imperante necesidad de crear un ordenamiento jurídico que se regularizara las actividades referentes a las tarjetas de crédito se crea una comisión, la cual se denominó American National Standards Institute, encargada de la creación de las normas y especificaciones referentes a las tarjetas de crédito.

Dentro de los bancos más exitosos en la emisión y distribución de tarjetas de crédito, se encontraba Bank of America, originario de California, en el año de 1959 este banco creo la tarjeta de crédito llamada BankAmericard, su aceptación fue tan buena que llego a emitir más de 2.7 millones de tarjetas. El banco norteamericano Bank of America creo en el año de 1966 una sociedad que se especializaba únicamente en los procesos de

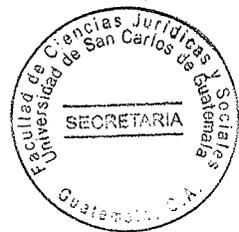


tarjetas de crédito llamada BankAmericard Service Corporation, a la cual fue cedida la tarjeta de crédito BankAmericard.

Posteriormente la sociedad BankAmericard Service Corporation (Corporación de Servicios Banco de América), se independizo del banco que la creó, cambiando su nombre a National BankAmericard Incorporated (Tarjeta Banco Nacional América Incorporada), la cual se abreviaba con las siglas NBI, esta nueva sociedad estaba integrada por diversos bancos los cuales empezaron a emitir la marca BankAmericard.

La asociación National BankAmericard Incorporated (Tarjeta Banco Nacional América Incorporada), realizó la prohibición a los bancos que la integraban de poder adherirse a otro sistema de tarjetas diferentes al que emitían en ese momento, esta prohibición desencadenó una batalla legal que se extendió por más de seis años, hasta que, en el año de 1976, se dictaminó por parte de un tribunal de Arkansas que la prohibición realizada por la asociación era discriminatoria y que atentaba contra la libre competencia. Con la batalla legal ganada, la asociación se extendió por varios estados del país norteamericano, mejorando su alcance y el servicio que daba a sus clientes.

El desarrollo de la asociación National BankAmericard Incorporated (Tarjeta Banco Nacional América Incorporada), fue tan significativo, que tuvo más de tres mil bancos asociados. Esta asociación en busca de expandir su mercado a nivel internacional realiza la creación, en el año de 1974, de una organización a nivel internacional a la cual denominaron Ibanco, pero rápidamente se ven en la dificultad de la poca comprensión y aceptabilidad del nombre, motivo por el cual la organización Ibanco decide cambiarse de



nombre en el año de 1977 y pasa a llamarse Visa Internacional.

Mismas circunstancias ocurren con la asociación National BankAmericard Incorporated (Tarjeta Banco Nacional América Incorporada), motivo por el cual deciden cambiarse el nombre a Visa, para tener coherencia en los nombres a nivel nacional e internacional, sistemas de tarjetas de crédito que actualmente siguen ofreciendo sus servicios.

Con el creciente mercado y el aumento en la demandad de las tarjetas de crédito los principales bancos de California se vieron en la necesidad de seguir por el camino de unirse y crear un sistema sólido y de comunidad entre ellos, razón por la cual los bancos Wells Fargo Bank, United California Bank, Bank of California y Crocker National Bank formaron una asociación con el objeto de emitir una marca de tarjetas de crédito y la denominaron California Bank Card Association (Asociación de Tarjetas Bancarias de California), adquieren los derechos, nombre y diseño, de la tarjeta MasterCharge y comienzan a distribuirla.

En el año de 1966 alrededor de 17 bancos de los Estados Unidos de Norteamérica contaban con su propio sistema de emisión, distribución y manejos de tarjetas de pago, sin embargo, estas tarjetas eran únicamente aceptadas en los estados donde tenía su sede los bancos y con los comercios afiliados a su sistema, por lo que decidieron formar una nueva federación llamada Interbank Card Association (Asociación de Tarjetas Interbancarias) con el fin de aceptar las tarjetas de pago en los sistemas y estados de los bancos que formaran parte y de esta manera ofrecer un mejor servicio a los titulares.



En sus inicios cada uno de los bancos que integraban la federación Interbank Card Association decidieron mantener su propia identidad, razón por la cual la federación solo se anunciaba con una letra i de color blanco y pequeña dentro de un círculo de color negro que simbolizaba a la federación Interbank, la cual era colocada en la parte inferior derecha de cada una de las tarjetas de los bancos.

Sin embargo, en muy poco tiempo tuvieron problemas con el diseño poco familiar y la falta de aceptación en algunos establecimientos comerciales, por lo que en el año de 1969 compran a la asociación California Bank Card Association todos los derechos y logotipo de la marca MasterCharge (Cambio Maestro) y empiezan su distribución, recuperando el terreno perdido con su anterior tarjeta.

En el año de 1979 en Estados Unidos de Norteamérica las tarjetas que tenían mayor representación en sus estados eran BankAmericard y MasterCharge las cuales era promocionadas por los bancos que integraban sus respectivas asociaciones, sin embargo, las tarjetas anteriormente mencionadas y otras tarjetas de menor relevancia, introdujeron un sistema de adhesión entre los emisores, con el cual se comprometieron a adquirir las tarjetas de otras marcas en cualquiera de los bancos que integraban este sistema, método que sirvió para la expansión mundial de las tarjetas de crédito.

En el año de 1979 la tarjeta MasterCharge pasa a llamarse MasterCard, tarjeta de crédito que sigue operando hasta la actualidad, siendo esta una de las tarjetas que se desarrolló de una mejor manera y fue mejorando de manera considerable, como resultado de esto en el año de 1981 presentaron el programa de tarjeta dorada, el cual



fue el primero en el sector de pagos. También fueron pioneros en mejorar las medidas de seguridad presentado en el año de 1983 el holograma laser como un dispositivo anti fraude y en el año de 1989 fueron los primeros en adherir a las tarjetas de crédito un panel de firmas, con lo que reducían de manera drástica las alteraciones.

El desarrollo y los avances tecnológicos en la cibernética ha contribuido con las mejoras de las tarjetas de crédito y lograron incorporar una banda magnética, con la cual se permite el uso de estas en cajeros automáticos alrededor del mundo, proceso iniciado en Estados Unidos de Norteamérica, seguido por Europa y Asia y finalmente expandiéndose al resto del mundo.

Según Visa USA Business Research and Reporting, en la actualidad el mercado de las tarjetas de crédito se divide de la siguiente manera:

- Visa 50.5%
- Mastercard 25.8%
- American Express 17.1%
- Discover 5.6%
- Diners Club 1%

3.4.2. Concepto

La tarjeta de crédito es el instrumento con características de identificación personal, por el uso exclusivo que se le otorga al titular, la cual es creada en una tarjeta plástica con una banda magnética, un micro chip y números a relieve, que serán características



únicas e irrepetibles de cada tarjeta.

Las tarjetas de crédito son emitidas por entidades financieras, bancos, entidades que son las encargadas de autorizar a los titulares de las mismas para utilizarlas como un medio de pago, diferente al dinero en efectivo y que podrán utilizarse únicamente en los comercios o negocios que se encuentran adheridos a los sistemas de cada entidad bancaria, bastando únicamente la presentación física de la tarjeta y la firma autorizante del titular.

Dentro de los contratos típicos mercantiles se encuentra el de tarjetas de crédito, que por el simple hecho de ser un contrato este va a otorgar derechos y generar obligaciones entre varias partes, es decir, este contrato genera relaciones jurídicas entre todas las partes que participan dentro de las operaciones financieras que se realizan con la tarjeta de crédito.

El contrato de tarjetas de crédito es uno de los pocos contratos en los que se genera una relación tripartita, pues, dentro de las partes que intervienen se encuentra el emisor de la tarjeta de crédito, el titular de la tarjeta y el proveedor afiliado, se dice que se da una trilogía perfecta dentro de este contrato, basándose en que, para que este contrato tenga vida jurídica es esencial e imperante la participación de las tres partes dentro de cualquier operación financiera a realizarse.

La tarjeta de crédito es considerada como un medio alternativo de financiación, mediante el cual el titular de la tarjeta, que es el usuario, está obligado a responder por

la totalidad del importe realizado, los intereses que este importe genere, las comisiones bancarias y los gastos que incurra la entidad financiera que le otorgo dicha tarjeta.

Existen varios autores que definen la tarjeta de crédito, el autor Enrique A. Sosa Artidi en su libro Tarjeta de crédito, una cuenta corriente especial, expone las ideas más importantes de los autores con mayor relevancia, entre las cuales se puede encontrar a Linares Bretón autor que expresa que las tarjetas de crédito “formulan una nueva teoría jurídica del dinero, desmaterializándolo, y en cambio, asimilándolo a un derecho consistente en la posibilidad de adquirir en el mercado una cierta cantidad de bienes”¹⁹.

Dicho autor fija una postura con respecto a las tarjetas de crédito, en la cual indica que no es un medio de pago directo entre el titular y el comerciante, ya que esta en lugar de otorgar dinero únicamente otorga un derecho al titular para adquirir bienes y la obligación principal será cubierta por el emisor de las tarjetas.

Otro de los autores que se hace referencia en el libro de Enrique A. Sosa Artidi, es al autor Alejandro Fargosi, el cual indica que la tarjeta de crédito proviene de “las relaciones intercorrientes entre la entidad, los vendedores y especialmente los titulares de las tarjetas, pueden ser ubicadas en la categoría de los contratos de crédito”²⁰.

Fargosi hace referencia en los derechos y obligaciones los cuales surgen como el resultado de las relaciones entre las personas que participan en la creación, distribución

¹⁹ Sosa Artidi, Enrique A. **Tarjeta de Crédito**. Págs. 8 y 9

²⁰ **Ibíd.** Pág. 13

y uso de la tarjeta de crédito, por eso mismo es que lo encuadra dentro de contratos, ya que cumple con los elementos esenciales para definirla en esta categoría.

“En esta figura no se opera una extinción de crédito primitivo, sino que el asumiente se coloca en la posición del deudor original que queda liberado; sin alterarse el contenido se cambia la persona del obligado y es necesario distinguirla de la expromisión (que no elimina al deudor primitivo), de la delegación (Porque crea una nueva obligación), de la estipulación por otro (que suma una nueva obligación) y de la fianza (en la que siempre se está en una obligación de otro)”²¹.

Fargosi explica como el crédito inicial que otorga el emisor al principal de la tarjeta no se extingue, al contrario, éste toma la posición de deudor ante el comerciante y el principal queda obligado con el emisor de la tarjeta.

Existen diversas teorías sobre el concepto de la tarjeta de crédito las cuales se han formado a través del tiempo y en base a las posturas de varios autores, muchas teorías similares y también existen autores que tienen otro punto de vista. “Tanto los contratos que suscriben los titulares de la tarjeta con la entidad emisora, como los que se celebran entre esta y los comerciantes afiliados, son totalmente independientes y la validez o vigencia de uno no afecta ni influye sobre la de otros. En la tarjeta de crédito no se da una contratación trilateral sino un complejo de acuerdos independientes bilaterales”²², esta teoría se caracteriza por ser contraria a la mayoría que aseguran que en este tipo

²¹ Fargosi, Alejandro. **Tarjeta de Crédito**. Pág. 13

²² **Ibíd.** Pág. 17



de contratos se da una trilogía entre las partes.

Se expresa que las tarjetas de crédito son un "negocio jurídico complejo conformado en una unidad de relaciones jurídicas diversas, donde cada relación entre los intervinientes tiene una regulación y una naturaleza jurídica propia, independiente y autónoma; pero por vía de complementación propia del sistema (necesario para ser optativo) demuestran la ineficiencia de cada una de ellas de no integrarse recíprocamente"²³.

Analizando la definición de Muguillo, se entiende que al hablar de negocio jurídico, hace referencia al lucro, lo cual es uno de los principios fundamentales del derecho mercantil, encuadrando a la tarjeta de crédito como un contrato mercantil.

En base a las teorías y pensamientos de los autores anteriormente mencionados se determina que las tarjetas de crédito son un contrato, establecido en las leyes de carácter mercantil, mediante el cual una entidad financiera, banco, otorga un crédito rotativo, de cuantía determinada a un plazo definido, el cual puede ser prorrogable, a favor de un titular para que pueda obtener bienes en los comercios adheridos a su sistema y este se obliga al pago del total del importe, agregando los gastos de operación e intereses, estableciendo una relación trilateral, entre el emisor, el titular y los comercios adheridos a este sistema.

Es importante mencionar que en Guatemala el contrato de tarjetas de crédito encuentra su fundamento, marco jurídico y regulación legal en el Código de Comercio, Decreto

²³ Muguillo, Roberto Alfredo. **Tarjeta de Crédito**. Pág. 18

Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, libro IV, título II, capítulo IV, sección sexta de las tarjetas de crédito, Artículo 757 Tarjetas de Crédito.

3.4.3. Elementos

Como se ha mencionado anteriormente, la tarjeta de crédito está clasificada como un contrato típico mercantil, y como todo contrato, se encuentra integrado por elementos personales y elementos formales, los cuales se desarrollan a continuación:

a) Elementos personales

Los elementos personales de las tarjetas de crédito se basan en la cantidad de relaciones jurídicas que de esta deriven, pueden ser de relaciones bilaterales o trilaterales. Cuando las tarjetas de crédito son bilaterales sus elementos personales son los siguientes:

- El emisor (almacenes o establecimientos)
- El titular o usuario

Las tarjetas de crédito también pueden ser trilaterales, en este caso los elementos personales que en ella intervienen son los siguientes:

- El emisor o distribuidor: es la entidad financiera, banco, que ofrece un servicio a de crédito a las personas y que previamente ha pactado con establecimientos comerciales el pago del importe realizado por sus clientes.



- El usuario o titular: es la persona que obtiene la tarjeta de crédito, para poder ser utilizada en los establecimientos adheridos al sistema del emisor y que se compromete mediante un contrato, a el pago del importe realizado, los intereses que se generen y gastos de funcionamiento.
- Proveedor: son los establecimientos comerciales que ofrecen un servicio, bienes o productos y se encuentran dentro del sistema de la entidad financiera emisora de la tarjeta de crédito.

b) Elementos formales

Los elementos formales son aquellos requisitos que se deben cumplir de manera obligatoria para que la tarjeta de crédito pueda nacer a la vida jurídica y pueda ser utilizada por el titular, los elementos formales que tienen un carácter de esenciales, son los siguientes:

- Solicitud que debe realizar la persona interesada en obtener una tarjeta de crédito.
- Contrato entre el emisor y el proveedor de bienes, servicios y productos.
- La tarjeta de crédito física, debe ser entregada al titular por parte del emisor.
- Notas de cargo, con las cuales se comprueba el importe realizado por el titular de la tarjeta de crédito y para su validez, tienen que tener plasmada la firma del titular.

3.4.4. Clases

Las tarjetas de crédito son una herramienta que ayuda dentro de la actividad comercial,



la cual se encuentra en constante evolución, por lo que la tarjeta de crédito ha evolucionado para atender a las necesidades de los usuarios. Actualmente existe una diversa clasificación de las tarjetas de crédito, dentro de las más importantes se pueden encontrar las siguientes:

a) Por la entidad emisora

- Tarjetas de crédito bancarias: como su nombre lo indica, este tipo de tarjetas de crédito son emitidas por una entidad financiera, un banco, entidad financiera que es parte activa en todo el proceso, tanto como emisor de la tarjeta y como ente crediticio. Este tipo de tarjeta de crédito genera diversas obligaciones para la entidad financiera, por ejemplo, la emisión y distribución de la tarjeta, la obligación de otorgar el crédito al titular de la tarjeta de crédito y la obligación de responder a los comercios afiliados por el importe realizado por el titular de la tarjeta.
- Tarjetas de crédito no bancarias: este tipo de tarjetas de crédito son emitidas por una entidad financiera, la cual no se encuentra dentro de la banca comercial, quiere decir que no es un banco, por lo tanto, el crédito que ofrecen se encuentra limitado a una cierta cantidad de comercios.
- Tarjetas de crédito propias de un establecimiento comercial: estas tarjetas de crédito no son emitidas por una entidad financiera, el emisor es un establecimiento comercial, la particularidad de estas tarjetas es que con el crédito que se establece dentro de la tarjeta, los titulares pueden utilizarlas únicamente para obtener



productos, bienes o servicios que ofrezca el emisor. Su principal característica es que es una tarjeta de crédito bipartita porque únicamente interviene el establecimiento comercial como el emisor y el titular de la tarjeta como usuario.

b) Por el crédito concedido y la modalidad de pago

- De pago inmediato: en este tipo de tarjetas de crédito, las partes establecen previamente una fecha determinada para realizar el pago del importe realizado por parte del titular.
- De crédito renovable: la característica principal de este tipo de tarjetas es que el titular previo a utilizar el monto total del crédito, este se ha abonado en su totalidad o en un porcentaje, el cual, las partes lo han pactado previamente.
- Mixtas: este tipo de tarjetas de crédito reúne las cualidades más importantes de las tarjetas de crédito de pago inmediato y de las tarjetas de crédito de crédito renovable.

c) Por su duración

- Limitadas: las tarjetas de crédito limitadas, son aquellas tarjetas en las cuales las partes pactan un tiempo determinado de vigencia.
- Ilimitadas: este tipo de tarjetas de crédito no poseen un plazo determinado de duración, quiere decir que mientras la tarjeta se encuentre en buenas condiciones, el

titular podrá utilizarla.



d) Según el público

- Tarjetas personales: la característica más importante de este tipo de tarjetas de crédito es que están destinadas a cubrir los pagos de bienes, productos o servicios resultantes de las necesidades del titular.
- Tarjetas de empresa: este tipo de tarjetas de crédito están destinadas a cubrir los gastos que una empresa realiza al comprar provisiones, viajes y representaciones que esta realice.



CAPÍTULO IV

4. La falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias

La necesidad de regular este tipo de conductas inadecuadas por parte de las entidades financieras, surge como resultado de las malas prácticas en el uso de las bases de datos que cada institución bancaria posee, datos que obtiene a través de otros cuentahabientes, exigiendo referencias personales para otorgarles tarjetas de crédito que éstos han solicitado, en las cuales se debe especificar nombre completo y número telefónico, en ocasiones la dirección de la residencia de dicha persona. Con este tipo de acciones por parte de las entidades financieras, bancos, se ve vulnerado el derecho de privacidad y la seguridad de las personas.

Actualmente Guatemala atraviesa una ola de inseguridad y hechos delictivos, muchos de estos actos se dan como resultado del mal manejo de los datos privados de cada persona, entre los que se encuentran números telefónicos y direcciones de viviendas.

Uno de los deberes del Estado de Guatemala es garantizar la seguridad de sus habitantes como se establece en el Artículo 2 de la Constitución Política de la república: "Artículo 2. Deberes del estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona", por lo tanto el Estado de Guatemala debe tomar las medidas necesarias para lograr todos los deberes que le competen, entre estos, la seguridad de sus habitantes.



Entre los mecanismos que el Estado de Guatemala ha realizado para lograr limitar las malas prácticas por parte de las entidades financieras existe la prohibición en el acoso u hostigamiento para la cobranza, en la cual se establecen prohibiciones en las acciones que utilizan los bancos para requerir el pago a sus deudores, entre las cuales se puede encontrar la limitación de las comunicaciones telefónicas o por medios análogos, estableciendo el horario en que las entidades financieras pueden realizar llamadas telefónicas.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala define la figura del acoso u hostigamiento, que literalmente, cita: “Artículo 46 Bis. Acoso u hostigamiento para la cobranza. Se prohíbe al acreedor o agente de cobranzas oprimir, molestar o abusar de manera insistente y repetitiva en contra de una persona, con ocasión de la gestión de cobro de una deuda...”

Surgió la necesidad de regular éstas prácticas por causa de las instituciones bancarias ya que realizaban los cobros de forma insistente y repetitiva, afectando a las personas de manera directa en sus relaciones personales y profesionales.

En el artículo anteriormente citado regula las siguientes limitaciones:

“... a) La realización de comunicaciones para cobro o requerimiento de pago por medio de llamadas telefónicas, mensajes de texto, correos electrónicos o cualquier otro medio análogo, en días y horarios inhábiles...”

“... c) La comunicación, con objeto de cobro, a personas distintas al deudor o a quienes les fían.

d) Pegar avisos en postes y viviendas cercanas a la residencia o trabajo del usuario, o en postes de energía eléctrica, con el fin de causar vergüenza a efecto que se realicen los pagos.”

Las limitaciones que se establecen a los bancos en la cobranza, detalladas con anterioridad, se pueden utilizar como base para la creación de las prohibiciones y limitaciones a las entidades financieras, pero enfocadas en el acoso y hostigamiento en el ofrecimiento de tarjetas de crédito, para lograr limitar el mal uso de la base de datos que cada institución posee y prohibir que las entidades financieras envíen tarjetas de crédito al domicilio de las personas, sin que estas hayan realizado alguna solicitud.

Actualmente las tarjetas de crédito se encuentran reguladas en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 757 “Tarjetas de crédito. Las tarjetas de crédito deberán ser emitidas a personas individuales o jurídicas y no serán negociables. Deberán contener el nombre de quien las expide, la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extiende, el plazo de vigencia y si la misma tiene validez nacional o internacional, siendo aplicable a las mismas en lo que corresponde las normas de las cartas órdenes...”. Sin embargo, este es el único fundamento legal que se tiene de las tarjetas de crédito, a pesar de que el código de comercio de Guatemala ha sufrido reformas, ninguna de estas se ha enfocado en el contrato de tarjetas de crédito.



Los esfuerzos por establecer en un mismo cuerpo legal todo lo referente a las tarjetas de crédito dieron sus frutos el 8 de marzo año 2016, mediante el Decreto Número 7-2015, Ley de Tarjeta de Crédito, en dicha ley se establecía todo lo referente al contrato entre el emisor y el tarjetahabiente, evaluación de la capacidad de pago, contenido de la tarjeta de crédito, restructuración de la deuda, intereses, seguros, obligaciones de los tarjetahabientes, obligaciones del emisor, formas de pago, contrato entre el emisor y afiliado, obligaciones del afiliado, supervisión por parte de la Superintendencia de Bancos, delitos, sanciones y acoso u hostigamiento para la cobranza.

A pesar de haber logrado la aprobación, sanción y promulgación de la Ley de tarjetas de crédito, muchos sectores no estuvieron de acuerdo con esta ley e interpusieron los recursos legales respectivos ante la Corte de Constitucionalidad, razón por la cual, a finales del mes de marzo del año 2016 fue suspendida de manera provisional por parte de la Corte de Constitucionalidad.

La entonces presidenta de la Corte de Constitucionalidad indicó que se encontraron vicios dentro del proceso de creación de la Ley de Tarjetas de Crédito, uno de los principales fue que para su aprobación se necesitaba el voto favorable de 105 diputados del Congreso de la República, mayoría calificada, requisito indispensable el cual no se cumplió.

Entre las instituciones que presentaron el recurso de inconstitucionalidad se encontraba el Banco de Guatemala (banguat), recurso presentado el 22 de marzo del año 2016, en contra de los artículos referentes a la fijación de intereses y el financiamiento otorgado



al tarjetahabiente, esta institución argumentaba también que, para la aprobación de esta ley, era necesario que el Organismo Legislativo solicitara un dictamen al Banco de Guatemala y a la Junta Monetaria, el cual no fue solicitado.

Posteriormente a la suspensión provisional, el 21 de diciembre del año 2018 la Corte de Constitucionalidad declaró suspendida en definitivo la Ley de Tarjetas de Crédito, argumentando error en el proceso de formación.

4.1. Origen del problema

El problema en el acoso u hostigamiento financiero por parte de las entidades de crédito bancarias básicamente surge porque la privacidad de las personas se ve violentada, utilizando datos personales que cada entidad de crédito bancaria obtiene de manera irregular, por lo que se ve expuesta la seguridad de las personas.

Entre los datos personales se encuentran números telefónicos los cuales son utilizados por estas entidades para realizar contacto con las personas de manera frecuente y hostigante realizando llamadas telefónicas constantemente y en horarios poco convencionales, este tipo de contacto con las personas también lo realizan por medio de correos electrónicos personales, los cuales son obtenidos no directamente de la persona propietaria de dicha información.

Principalmente la seguridad de las personas se ve afectada, al evidenciar la facilidad con que estas instituciones obtienen la dirección de la residencia de las personas, la



cual es utilizado para enviar tarjetas de crédito sin que estas fueran solicitadas.

No es de ocultar que Guatemala actualmente atraviesa una ola de violencia y de crímenes y las instituciones de crédito bancarias poseen datos personales, los cuales pueden ser utilizados de manera errónea y colaborar con aumentar este flagelo que actualmente azota nuestro país, razón por la cual, es obligación del Estado de Guatemala erradicar ésta mala práctica, mediante los mecanismos legales que posee y de esta manera garantizar la seguridad de las personas.

4.2. Derecho comparado

Actualmente a nivel centroamericano se mantiene una lucha constante por regular todo lo referente a las tarjetas de crédito, en específico, crear los mecanismos para proteger a las personas de los abusos y las malas prácticas en el ofrecimiento de tarjetas de crédito y de esta manera garantizar los derechos y seguridad de sus usuarios.

Ejemplo de ello, el vecino país de El Salvador ya que es uno de los más avanzados en este tema y en el año 2009 creó la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, en la cual se regulan temas referentes a la creación, distribución y uso de las tarjetas de crédito, cabe resaltar que en esta ley se estableció la obligación a las entidades financieras que prestaban el servicio, de hacer entrega a los tarjetahabientes de sus estados de cuenta, situación que hasta ese año no era posible y de esta manera evitar abusos en los cobros.



Entre otra de las figuras importantes creadas en la ley del vecino país, se encuentra la tipificación de infracciones leves, graves, muy graves y sus sanciones, siendo de mucha importancia, ya que de esta manera se encuadró en cada tipo de falta las malas acciones que hasta ese momento realizaban las entidades financieras y por último determinaron quienes serían las entidades fiscalizadoras de todas las acciones realizadas por las entidades financieras que ofrecen el servicio de tarjetas de crédito.

Sin embargo, en el año del 2019 se realizaron reformas a esta ley, entre las más importantes se encuentran los avisos de manera electrónica que las entidades financieras deben hacer a los tarjetahabientes al momento de utilizar la tarjeta de crédito de la cual figuran como titulares.

Otro de los avances que el vecino país logró en las reformas a su Ley del sistema de Tarjetas de Crédito se encuentra en los límites que se imponen a las entidades financieras tanto en no poder agregar cargos que no se encuentren especificados en los contratos entre los particulares y la entidad financiera. De los beneficios más significativos para los tarjetahabientes logrado en las reformas de El Salvador, se estableció un límite a los intereses que cobraban las entidades financieras, esto como resultado del abuso y el cobro excesivo en los intereses, el cual, algunas veces llegaba a ser más alto que la deuda del importe.

Si se analiza la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito creada en El Salvador, regula bastantes acciones que actualmente se realizan en la práctica en nuestro país, sin embargo, estas acciones no cuentan con un cuerpo legal que los ampare en Guatemala



y es lo que permite a las instituciones financieras emisoras de las tarjetas de crédito realizar cualquier tipo de acciones sin que exista una manera de limitar sus abusos.

Otro de los países centroamericanos que ha logrado avances significativos con respecto a la creación de un cuerpo legal para las tarjetas de crédito es Costa Rica, país en el cual fue elevado a rango constitucional la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, situación que le permitió a ese país crear medidas para resguardar la seguridad de sus habitantes y lo hicieron a través de un reglamento de tarjetas de crédito y débito, en ampliación a las leyes de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.

Cabe resaltar que, en el reglamento creado en el país de Costa Rica, hacen énfasis en normar lo referente a las prácticas abusivas de la cobranza limitando a todas las personas destinadas que realizan el cobro a hacer dicha actividad únicamente con los responsables de la deuda, otra de las figuras creadas por este reglamento es la de publicidad en la cual se exige a las entidades financieras a realizar una publicidad clara y no inducir a los usuarios al error, adquiriendo un servicio bajo engaños.

Se estableció la protección de datos personales y banca electrónica, figura en la cual se les exige a las entidades financieras adoptar todos los mecanismos de seguridad necesarios para la protección de los datos personales de sus tarjetahabientes, la protección de las transacciones realizadas con las tarjetas y una de las medidas más



importantes es que faculta a las personas para rechazar cualquier tipo de tarjeta que les hagan llegar por cualquier medio, siempre que no haya sido solicitada.

Históricamente Guatemala ha utilizado el ordenamiento jurídico de otros países como base para la creación de sus leyes, por lo tanto, es viable tomar como ejemplo o base las leyes en materia de tarjetas de crédito de los países de El Salvador y Costa Rica, adaptándolos a la legislación guatemalteca, para de esta manera lograr regular la mala práctica realizada por las entidades financieras por el acoso u hostigamiento en el ofrecimiento de tarjetas de crédito, tomando como base la figura de la legislación de Costa Rica en la protección de los datos personales y la banca electrónica, así como, la figura de la legislación de El Salvador donde se establecían las entidades fiscalizadoras.

4.3. Junta Monetaria

Es el órgano de máxima jerarquía dentro del Banco de Guatemala, teniendo dentro de sus funciones determinar la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, además de ser el órgano que tiene a su cargo velar por la liquidez y solvencia del todo el sistema bancario dentro de la república de Guatemala y de esta manera asegurar la estabilidad y fortalecimiento de la economía guatemalteca y del ahorro nacional.

La Junta Monetaria, fue creada con la finalidad de que garantizara la estabilidad monetaria, cambiaria y crediticia de la República de Guatemala, y para este fin dicha junta tiene la prohibición de autorizar que el Banco de Guatemala otorgue algún tipo de financiamiento de manera directa o indirecta a las instituciones estatales, dentro de ellas sus entidades descentralizadas o autónomas.



Tampoco podrá otorgar financiamiento a entidades del sector privado que no sean bancos, exceptuando de estas prohibiciones, aquellos financiamientos que sean otorgados en caso de catástrofes o desastres públicos, siempre y cuando, previamente sean autorizados por el congreso de la republica a solicitud del presidente de la República de Guatemala.

Este órgano perteneciente al Banco de Guatemala encuentra fundamento legal primero en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 132 y el Artículo 133 y segundo en la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, desde el Artículo 13 hasta el Artículo 31, en donde se establece la forma en la cual será integrada, las calidades de sus integrantes, los impedimentos, la remoción de sus miembros, las sesiones y las atribuciones de la misma.

Según la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 132 establece que la junta monetaria estará integrada de la siguiente manera:

- a) El presidente, quien también será del Banco de Guatemala, nombrado por el Presidente de la Republica y por un periodo establecido en la ley;
- b) Los ministros de Finanzas Públicas, Economía y Agricultura, Ganadería y Alimentación;
- c) Un miembro electo por el Congreso de la República;
- d) Un miembro electo por las asociaciones empresariales de comercio, industria y agricultura;



- e) Un miembro electo por los presidentes de los consejos de administración o juntas directivas de los bancos privados nacionales; y
- f) Un miembro electo por el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos de Guatemala.”

El plazo por el cual cada uno de los integrantes estarán designados en sus funciones dentro de la Junta Monetaria es de un año, cada integrante contará con un suplente a excepción del Presidente quien será sustituido por el vicepresidente y los ministros serán sustituidos por los viceministros de su respectivo ministerio.

Las atribuciones de la Junta Monetaria se encuentran especificadas en la Ley Orgánica del Banco de Guatemala dentro de las principales atribuciones se pueden encontrar:

- a) Determinar y evaluar la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, incluyendo las metas programadas, tomando en cuenta el entorno económico nacional e internacional;
- b) Velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional;
- c) Emitir los reglamentos que de conformidad con ésta y otras leyes le corresponde;
- d) Aprobar las disposiciones, normas o instrumentos legales que someta a su consideración la Superintendencia de Bancos o, en su caso, el Banco de Guatemala.

En resumen, la Junta Monetaria, además de ser la autoridad máxima dentro del banco de Guatemala, es el órgano encargado de velar por el buen funcionamiento de la economía a nivel nacional, otorgándole a todos los habitantes de la República



estabilidad y seguridad económica y para lograr alcanzar este fin, pueden crear los mecanismos, disposiciones, instrumentos o normas legales para cumplirlo.

Siendo la junta monetaria el máximo órgano dentro del Banco de Guatemala y el encargado de fortalecer y asegurar la estabilidad económica de los guatemaltecos, otorgándoles seguridad económica a los ciudadanos mediante los mecanismos legales que sean necesarios y en el entendido que una de sus funciones es la aprobación de normas sometidas a su consideración por parte de la Superintendencia de Bancos, es fundamental su participación para lograr regular la falta de protección a las personas por el acosos u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, utilizando los mecanismos legales necesarios.

4.4. Superintendencia de Bancos

Entidad que formalmente inicia operaciones el 2 de septiembre del año de 1946, aprobado por la Junta Monetaria, específicamente en las sesiones del 19 y 28 de agosto en las cuales fue aprobado el plan de funcionamiento de la Superintendencia de Bancos, la plana de personal y presupuesto de entradas y gastos, según consta en el capítulo X de la memoria del semestre inicial de operaciones de julio a diciembre 1946 del Banco de Guatemala.

En las sesiones celebradas en los días 19 y 28 de agosto de 1946 también fue aprobada por parte de la Junta Monetaria, la organización inicial de la Superintendencia de Bancos, la cual se organizaría inicialmente con la superintendencia propiamente,



siendo esta la autoridad jerárquica superior y de cuatro secciones principales, la sección de auditoría, la sección de estadística, la sección jurídica y la secretaria y archivo general.

En el año que fue creada la Superintendencia de Bancos se estableció que el superintendente de dicho órgano sería elegido de una terna que la Junta Monetaria tenía que presentar al Tribunal y a la Contraloría de Cuentas, siendo elegido como el primer superintendente el señor José Joaquín Prieto Barrios, quien previamente formaba parte del Departamento Monetario y Bancario del Ministerio de Economía y Trabajo, teniendo conocimiento sobre temas de finanzas. Actualmente el Superintendente de Bancos es electo por el presidente de la República para un periodo de cuatro años, de una terna propuesta por la Junta Monetaria.

La superintendencia de bancos es un órgano de carácter técnico perteneciente a la banca central, el cual se encuentra organizado bajo la Ley de Supervisión Financiera y actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria, es el órgano encargado de ejercer la inspección y vigilancia del banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, entidades de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros.

La autoridad máxima dentro de la Superintendencia de Bancos es el Superintendente de Bancos, el cual ejerce la representación legal de dicho órgano para actuar judicialmente y extrajudicialmente dentro del ámbito de su competencia, las funciones que el



Superintendente debe cumplir, le son delegadas por medio de la Ley de Supervisión Financiera, dentro de las principales funciones se pueden encontrar:

- a) Administrar la Superintendencia de Bancos;
- b) Establecer la estructura organizacional que permita a la Superintendencia de Bancos cumplir su objeto;
- c) Proponer a la Junta Monetaria el nombramiento de los intendentes y directores de la Superintendencia de Bancos;
- d) Informar a la Junta Monetaria, trimestralmente, cuando esta lo requiera o cuando el Superintendente lo estime pertinente, sobre la situación financiera de las entidades sujetas a vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos. Asimismo, en el mes de febrero de cada año, o cuando el Congreso de la República lo requiera, deberá informar a éste o a la comisión legislativa que el mismo determine, sobre la situación financiera del sistema bancario;
- e) Resolver sobre las solicitudes escritas de las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes a la fecha de recepción de las mismas.

Constitucionalmente la Superintendencia de Bancos encuentra su fundamento en el artículo 133 en su parte conducente “La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que disponga la ley.”, esto con el objeto de garantizar el buen funcionamiento de estas entidades y garantizar que actúen dentro del marco de la ley.



La Superintendencia de Bancos es el principal encargado de realizar la vigilancia e inspección sobre las entidades financieras, con el objeto que estas actúen dentro del marco de la ley y evitar que realicen actividades en las cuales se vean afectados los ciudadanos guatemaltecos, tales como el acoso u hostigamiento como resultado del ofrecimiento por parte de las entidades de crédito financieras, en este sentido, la participación de este órgano es fundamental para regular, controlar y verificar que no se continúe realizando esta clase de acoso realizada por las entidades de crédito.

4.5. Necesidad de regular la prohibición del acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias para otorgar protección a las personas

Como resultado de la investigación anteriormente detallada, es notoria la falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, práctica en la cual se obtienen datos personales de manera irregular haciendo mal uso de estos datos personales y poniendo en peligro la seguridad de las personas razón por la cual es imperante la necesidad de regular esta conducta errónea.

Actualmente en Guatemala se encuentra regulado en acoso u hostigamiento para la cobranza en el Artículo 46 Bis, de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, el cual puede servir



como la base para la regulación de este tipo de acoso realizado por parte de las instituciones de crédito bancarias.

También se puede tomar como base para su regulación las figuras que han sido creadas en otros países tales como la creación de un ente fiscalizador en materia de tarjetas de crédito, el cual es el encargado de velar que las instituciones que prestan servicios de crédito actúen apegados y a la ley y de no ser así, aplicar las sanciones necesarias y establecidas en ley.

Otra de las figuras creadas en la legislación de otro país la protección de datos personales y banca electrónica, en la cual protege los datos personales de todas las personas y les permite rechazar cualquier tipo de tarjeta que las instituciones de crédito les hagan llegar, sin que estas hayan sido solicitadas, deteniendo así una de las practicas más comunes realizadas por este tipo de instituciones. Esta figura también puede ser utilizada como base para lograr tipificar las acciones de acoso u hostigamiento realizadas por las instituciones de crédito en Guatemala.

Para lograr limitar el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias y otorgar protección a las personas a esta clase de malas prácticas, es necesario la regulación jurídica de la figura de acoso u hostigamiento financiero por el ofrecimiento, surgiendo la necesidad de crear una comisión encargada de verificar el cumplimiento por parte de las instituciones de crédito bancarias y la determinación de las sanciones aplicables a las instituciones que incumplan con lo establecido.



Como resultado de la investigación anteriormente detallada, es notoria la falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, práctica en la cual se obtienen datos personales de manera irregular haciendo mal uso de estos datos personales y poniendo en peligro la seguridad de las personas razón por la cual es imperante la necesidad de regular esta conducta errónea.

Actualmente en Guatemala se encuentra regulado en acoso u hostigamiento para la cobranza en el Artículo 46 Bis, de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, el cual puede servir como la base para la regulación de este tipo de acoso realizado por parte de las instituciones de crédito bancarias.

También se puede tomar como base para su regulación las figuras que han sido creadas en otros países tales como la creación de un ente fiscalizador en materia de tarjetas de crédito, el cual es el encargado de velar que las instituciones que prestan servicios de crédito actúen apegados y a la ley y de no ser así, aplicar las sanciones necesarias y establecidas en ley.

Otra de las figuras creadas en la legislación de otro país la protección de datos personales y banca electrónica, en la cual protege los datos personales de todas las personas y les permite rechazar cualquier tipo de tarjeta que las instituciones de crédito les hagan llegar, sin que estas hayan sido solicitadas, deteniendo así una de las prácticas más comunes realizadas por este tipo de instituciones. Esta figura también



puede ser utilizada como base para lograr tipificar las acciones de acoso u hostigamiento realizadas por las instituciones de crédito en Guatemala.

Para lograr limitar el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias y otorgar protección a las personas a esta clase de malas prácticas, es necesario la regulación jurídica de la figura de acoso u hostigamiento financiero por el ofrecimiento, surgiendo la necesidad de crear una comisión encargada de verificar el cumplimiento por parte de las instituciones de crédito bancarias y la determinación de las sanciones aplicables a las instituciones que incumplan con lo establecido.

4.6.Regulación del acoso u hostigamiento financiero por las instituciones de crédito bancarias

Atendiendo a la falta de protección del acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias y ante la prioridad de acabar con esta mala práctica realizada por estas instituciones y de esta manera otorgar seguridad a las personas que se ven afectadas, es imperante la necesidad de regular en una norma jurídica la prohibición de esta clase de acoso u hostigamiento, realizando una reforma a la ley que le compete regular todo lo referente a las instituciones financieras, Ley de Bancos y Grupos financieros, Decreto Numero 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

En esta figura jurídica se tienen que establecer limitantes a las entidades financieras, entre estas limitantes se priorizan las siguientes:

- La forma en que las instituciones de crédito bancarias obtengan datos personales tales como números de teléfonos, correos electrónicos y direcciones de residencias o trabajos, tiene que ser obtenidos directamente de las personas, no por medio de intermediarios, si no directamente del interesado en obtener una tarjeta de crédito.
- Cuando las instituciones de crédito bancarias tengan dentro de su base de información los datos personales de los interesados, pueden realizar comunicación con ellos por medio de llamadas telefónicas, mensajes de texto o correos electrónicos, únicamente dentro de horarios hábiles laborales, comprendidos dentro de las ocho horas hasta las diecisiete horas y únicamente de los días lunes a viernes, sin que estas comunicaciones excedan de una por día.
- Las instituciones de crédito bancarias no podrán enviar tarjetas de crédito a las direcciones de residencias o trabajos de las personas sin que previamente exista una solicitud por parte de ellas, esta solicitud puede ser de manera escrita o por medio de formulario de la institución. Las personas que reciban una tarjeta de crédito sin haberla solicitado previamente, podrán rechazarla sin tener que hacer efectivo el pago de algún cargo.

Con la correcta y cumplida aplicación de las restricciones anteriores a las instituciones de crédito bancarias se limitaría y desaparecería el acoso u hostigamiento financiero realizado por estas instituciones.

4.6.1. Comisión de cumplimiento



Para velar por el cumplimiento de las limitantes que se establecen a las entidades de crédito bancarias, es necesario la creación de una comisión encargada de verificar el cumplimiento de estas prohibiciones y dar seguimiento a las denuncias que se reciban de las personas que son víctimas del acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias. Esta comisión estará conformada por cuatro integrantes los cuales serán designados de la siguiente manera:

1. Un representante nombrado por la Junta Monetaria. Por ser el órgano encargado de velar por la estabilidad económica de Guatemala y sus habitantes.
2. Un representante nombrado por el Superintendente de Bancos. Por ser el órgano encargado de la inspección y vigilancia de las entidades financieras.
3. Un representante nombrado por el Procurador de los Derechos Humanos. Ya que son los encargados de velar por el respeto a los derechos inherentes de las personas dentro de la República de Guatemala.
4. Un representante nombrado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor. Por ser la institución a la cual se le designa velar por los derechos de los usuarios y consumidores.

Esta comisión deberá investigar si existe o no acoso u hostigamiento financiero por parte de alguna entidad de crédito bancaria y en caso de existir, deberá apercibir de



manera escrita a la institución bancaria que se abstenga de continuar con esta conducta o se le aplicará una sanción.

También estará a cargo de esta comisión la realización de un informe circunstanciado el cual tendrá que ser presentado ante la Junta Monetaria haciendo constar si hubo o no hubo acoso u hostigamiento financiero por parte de alguna institución de crédito bancaria y la sanción impuesta a dicha institución.

4.6.2. Sanciones

En el caso de que alguna institución de crédito bancaria persista en el acoso u hostigamiento financiero, posteriormente de ser apercibido por la comisión de cumplimiento, será sancionado con una multa de cincuenta mil quetzales (Q50,000.00).

4.6.3. Propuesta de proyecto de reforma para regular la protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, dentro de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Numero 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala

Dentro de la presente investigación se evidencio la falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, fijándose las bases teóricas y técnicas, considerándose oportuno y pertinente hacer una propuesta de proyecto de reforma a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, como un aporte



académico, en el cual se regule esta clase de acoso u hostigamiento realizado por las entidades de crédito bancarias, delegando la supervisión a una comisión de cumplimiento e imponiendo sanciones a las entidades que sean reiterativas con estas acciones.

DECRETO NÚMERO ____-2020

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

CONSIDERANDO

Que es deber fundamental del Estado garantizar la seguridad de las personas, lo cual entre otros temas, incluye lo relativo a regulación de las entidades financieras y garantizar la seguridad de las personas.

CONSIDERANDO

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la seguridad y el desarrollo integral de la persona y para este fin utilizar los mecanismos legales necesarios.

CONSIDERANDO

Que el Estado de Guatemala, a través del Congreso de la República, debe crear normas jurídicas, que garanticen el cumplimiento de todos los derechos constitucionales.



POR TANTO

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

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA AL DECRETO NÚMERO 19-2002, DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS.

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 46 Quater, el cual queda así:

Artículo 46 Quater. Acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias. Las entidades de crédito bancarias tienen la prohibición de perturbar, molestar, buscar o tener comunicación por cualquier medio de manera insistente, repetitiva o acosadora en contra de cualquier persona, con ocasión del ofrecimiento de gestionar una tarjeta de crédito sin que previamente exista una solicitud de requerimiento. Para el efecto se establecen las siguientes limitaciones a las entidades de crédito bancarias:

- a) Las instituciones de crédito bancarias deberán obtener los datos personales para su base de información, de manera directamente de las personas interesadas en adquirir una tarjeta de crédito y no por medio de intermediarios, se establece que se tomarán



dentro del rango de datos personales los números de teléfonos móvil, números de teléfono de residencia, números de teléfono laborales, correos electrónicos personales, laborales y direcciones de residencias o trabajos

- b) Las instituciones de crédito bancarias tengan dentro de su base de información los datos personales de los interesados en adquirir una tarjeta de crédito, tienen permitido intentar comunicación con ellos por medio de llamadas telefónicas, mensajes de texto o correos electrónicos, únicamente dentro de horarios hábiles laborales, comprendidos dentro de las ocho horas hasta las diecisiete horas y únicamente de los días lunes a viernes, sin que estas comunicaciones puedan exceder de una vez por día.
- c) Se les prohíbe a las instituciones de crédito bancarias enviar tarjetas de crédito a las direcciones de residencias o trabajos de las personas sin que previamente exista una solicitud por parte de ellas, esta solicitud puede ser de manera escrita o por medio de formulario de la institución. Las personas que reciban una tarjeta de crédito sin haberla solicitado previamente, podrán rechazarla sin tener que hacer efectivo el pago de algún cargo en concepto de honorarios por gestión.

Artículo 2. Se adiciona el Artículo 46 Quinquies, el cual queda así:

Artículo 46 Quinquies. Comisión de cumplimiento. Para efecto de garantizar el cumplimiento de las prohibiciones establecidas a las entidades de crédito bancarias, se crea la comisión de cumplimiento. Esta comisión se encargará de verificar el



cumplimiento de estas prohibiciones y dar seguimiento a las denuncias que se reciben por parte de las personas que son víctimas del acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias.

Esta comisión estará conformada por 4 integrantes los cuales serán designados de la siguiente manera:

- 1) Un representante nombrado por la Junta Monetaria.
- 2) Un representante nombrado por el Superintendente de Bancos.
- 3) Un representante nombrado por el Procurador de los Derechos Humanos.
- 4) Un representante nombrado por la Dirección de Atención al Consumidor.

Esta comisión deberá investigar si existe o no acoso u hostigamiento financiero por parte de alguna entidad de crédito bancaria y en caso de existir, deberá apercibir de manera escrita a la institución bancaria que se abstenga de continuar con esta conducta o se le aplicará una sanción.

También estará entre las atribuciones de esta comisión la realización de un informe circunstanciado el cual tendrá que ser presentado ante la Junta Monetaria haciendo constar si hubo o no hubo acoso u hostigamiento financiero por parte de alguna institución de crédito bancaria y la sanción impuesta a dicha institución.

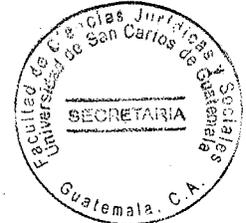
Artículo 3. Se adiciona el Artículo 46 Sexies, el cual queda así:



Artículo 43 Sexies. Sanciones. Si alguna institución de crédito bancaria persiste en el acoso u hostigamiento financiero, posteriormente de haber sido apercibido de manera escrita por la comisión de cumplimiento, será sancionado con una multa de cincuenta mil quetzales (Q50,000.00), la cual deberá cancelar ante la Junta Monetaria.

Artículo 4. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

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



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La falta de protección a las personas por el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, esta problemática se da cuando una institución de crédito bancaria realiza un contacto por medio de llamadas telefónicas, mensajes de texto o correos electrónicos, de manera insistente con las personas y en repetidas ocasiones durante el mismo día, fuera de los horarios laborales y en días no hábiles laborales, sin que las personas hayan otorgado sus datos personales y sin que exista una solicitud previa para obtener una tarjeta de crédito.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 2, establece que entre los deberes del Estado se encuentran los de garantizar la libertad, la justicia, la seguridad y la paz; sin embargo en el caso de la problemática expuesta, no se está cumpliendo con dichos deberes, ya que no existe un ente estatal con competencia legal para controlar y sancionar a las instituciones que realicen esta clase de acoso, dejando a los guatemaltecos en una situación de vulnerabilidad e inseguridad.

Este problema puede ser resuelto si se regula el acoso u hostigamiento financiero por parte de las instituciones de crédito bancarias, creando una comisión de cumplimiento con la competencia necesaria para imponer sanciones económicas a las instituciones de crédito bancarias que realicen el acoso u hostigamiento financiero, reformando la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

PINEDA SANDOVAL, Melvin Adilio. **Derecho mercantil y nociones de derecho laboral**. 6ª ed. Guatemala: Ed Serviprensa 2015.

PINEDA SANDOVAL, Melvin Adilio. **Derecho mercantil: primer parte del curso derecho mercantil y nociones de derecho laboral**. 6ª ed. Guatemala: Ed. Serviprensa 2015.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado: teoría política**. 40ª ed. Mexico: Ed. Porrúa 2014.

SOSA ARDITI, Enrique A. **Tarjeta de crédito: una cuenta corriente especial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea 1992.

VASQUEZ RAMOS, Reynerio. **Teoría del Estado: (Estado de Guatemala)**. Guatemala: Ed. Ediciones Educativas 2003.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco: introducción al estudio del derecho mercantil. Sujetos del derecho mercantil. La empresa mercantil y sus elementos**. 8ª ed. Guatemala: Editorial Universitaria, USAC, 2013.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco: obligaciones y contratos**. 7ª ed. Guatemala: Editorial Universitaria, USAC, 2015.

https://centralamericadata.com/es/article/home/Guatemala_Suspenden_Ley_de_Tarjetas_de_Credito. (consultado: 30 de septiembre de 2019).

https://centralamericadata.com/es/article/home/Nuevo_revs_para_Ley_de_Tarjetas_de_Credito. (consultado: 03 de octubre de 2019).

https://defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2015/04/Ley_tarjetas_credito.pdf. (consultado: 08 de enero de 2020).

<https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/dictamenes/88972BA1-9C00-4F8D-AAA2-4CC6E319DA22.pdf>. (consultado: 07 de diciembre de 2019).

https://www.centralamericadata.com/es/article/home/Tarjetas_de_credito_Sigue_la_discusion_en_Guatemala. (consultado: 20 de septiembre de 2019).



https://www.centralamericadata.com/es/article/home/Cambios_en_mercado_de_tarjetas_de_credito. (consultado: 11 de noviembre de 2019).

http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_gtm_dec18.pdf. (consultado: 24 de enero de 2020).

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=67564&nValor3=94010&strTipM=TC. (consultado: 22 de octubre de 2019).

<https://www.sib.gob.gt/web/sib/entisup>. (consultado: 06 de febrero de 2020).

<https://www.sib.gob.gt/web/sib/superintendencia/historia/memoria>. (consultado: 16 de febrero de 2020).

<https://www.viajoven.com/blog/tarjetas-credito>. (consultado: 24 de febrero de 2020).

La Academia Española. **Diccionario de la lengua castellana**. 9ª ed. Madrid, España: Ed. Imprenta de Francisco, 1843.

PASCUAL ACOSTA, Antonio. **Educación y valores en España**. Sevilla, España: (s.e.), 1992.

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Derecho constitucional**. 3ª ed. Guatemala: Ed. Ediciones de Pereira, 2007.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. 39ª ed. México: Ed. Porrúa, 2005.

PRADO, Gerardo. **Teoría del Estado**. 11ª ed. Guatemala: Ed. Magna Terra editores S.A., 2012.

Legislación:

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

Código de Comercio de Guatemala. Decreto Número 02-70, Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto Número 114-97, Congreso de la República de Guatemala, 1997.

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

Guatemala, 1989.



Ley del Organismo Legislativo. Decreto Número 63-94, Congreso de la República de Guatemala, 1994.

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

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

Ley de Supervisión Financiera. Decreto Número 18-2002, Congreso de la República de Guatemala, 2002.