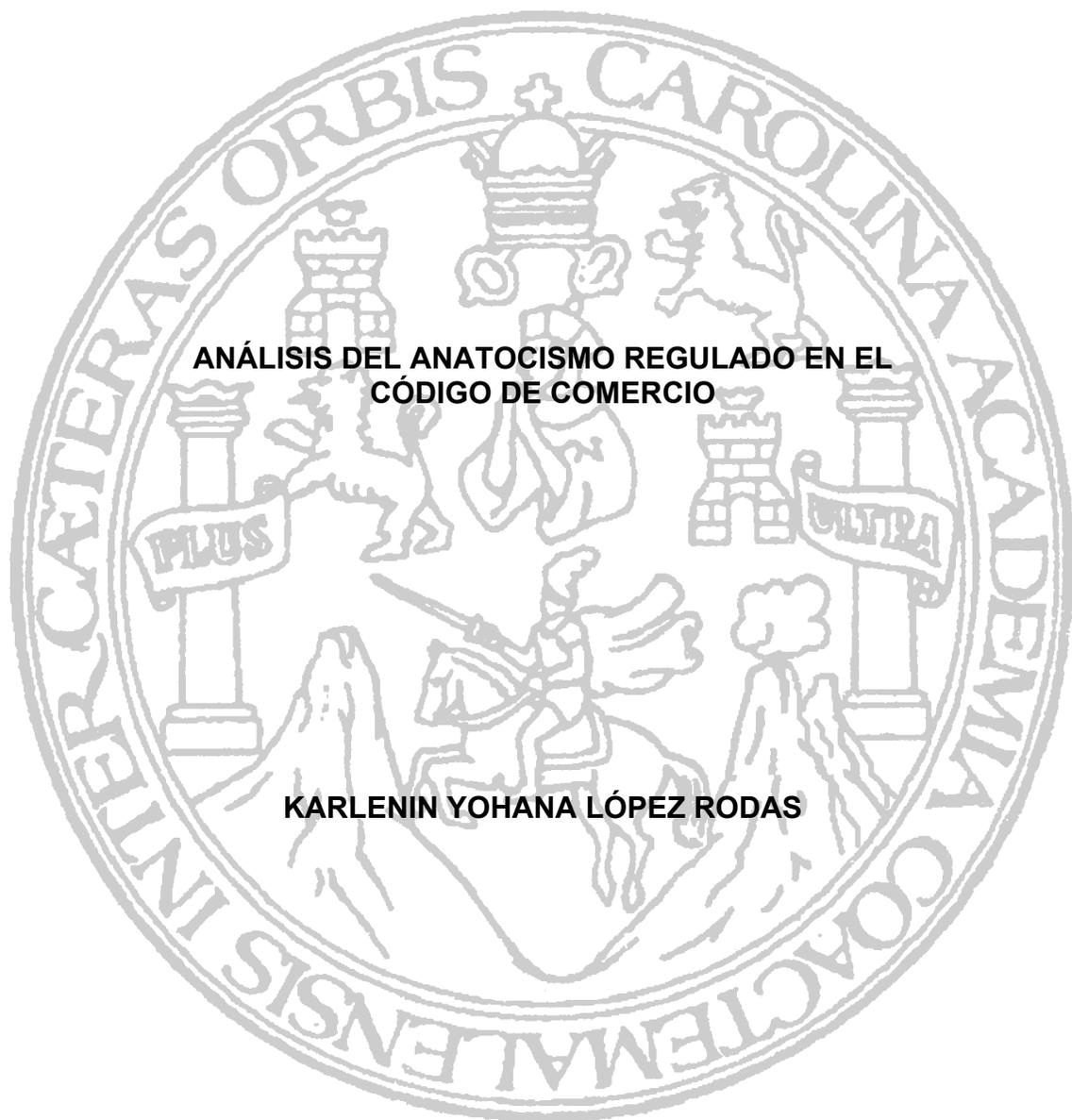


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



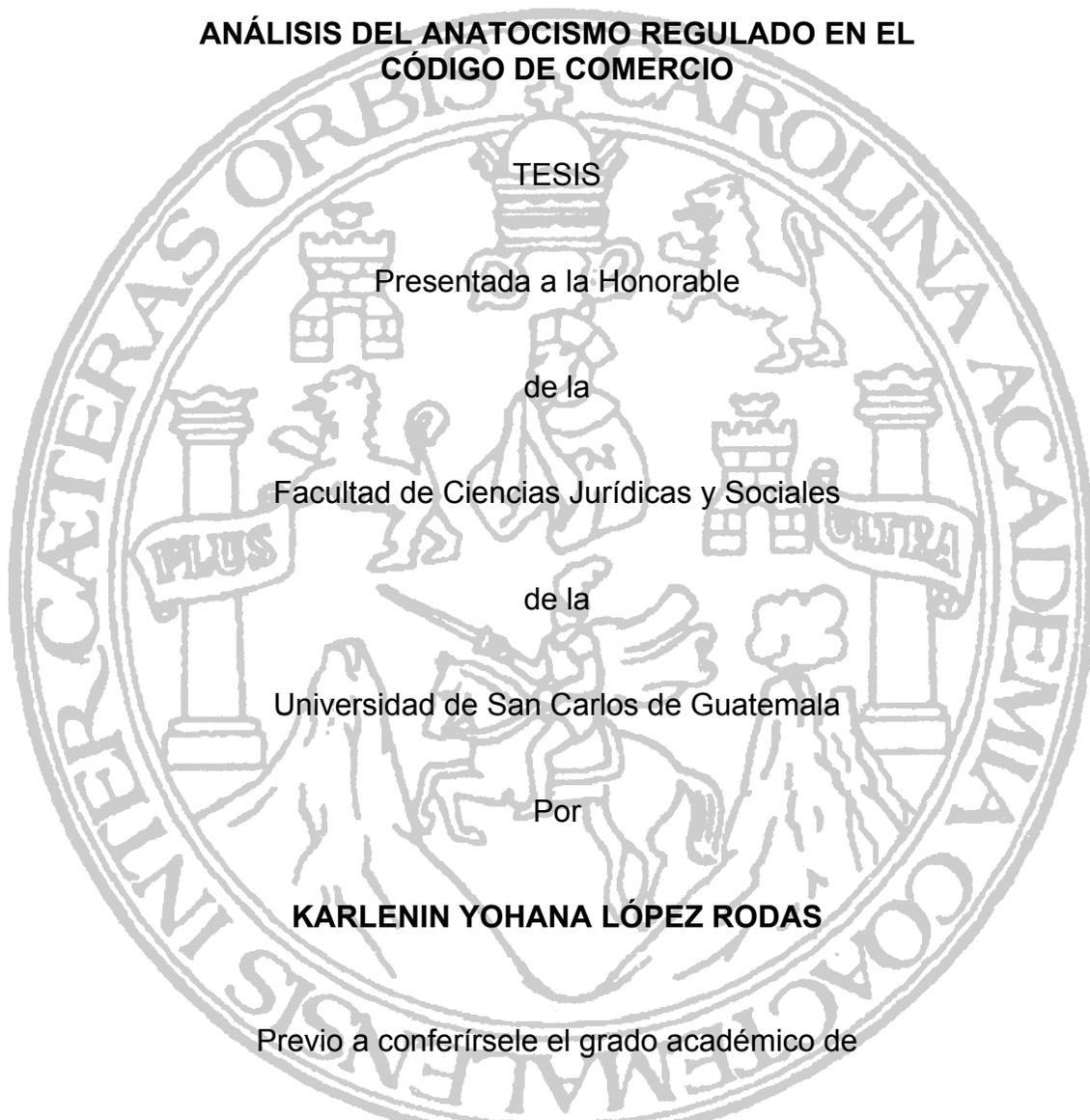
**ANÁLISIS DEL ANATOCISMO REGULADO EN EL
CÓDIGO DE COMERCIO**

KARLENIN YOHANA LÓPEZ RODAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2008

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

**ANÁLISIS DEL ANATOCISMO REGULADO EN EL
CÓDIGO DE COMERCIO**



TESIS

Presentada a la Honorable

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KARLENIN YOHANA LÓPEZ RODAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2008

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Napoleón Orozco Monzón
Vocal: Lic. Ronaldo Sandoval Amado
Secretario: Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Viviana Nineth Vega Morales
Vocal: Lic. Héctor Orozco Orozco
Secretario: Lic. Jorge Estuardo Reyes del Cid

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



Lic. Otto Efraín De León Ortiz

Abogado y Notario

Colegiado 5350

5a. calle 4-33, zona 1, Edificio Plaza Rabi
Oficina 301 Guatemala. Tels. 22301706-22301741



Guatemala, 23 de junio de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

Atenta y respetuosamente me dirijo a usted, en cumplimiento de la resolución emanada de la Unidad de Tesis a su cargo, en la cual se me nombró como Asesor de Tesis de la Bachiller KARLENIN YOHANA LOPEZ RODAS, en su trabajo de tesis intitulado "ANÁLISIS DEL ANATOCISMO REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO".

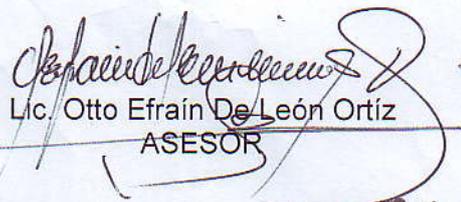
A la Bachiller López Rodas, se le brindó la orientación y asesoría correspondiente, así como los métodos y las técnicas de investigación a utilizarse, dando como resultado que la versión final resulta bastante interesante, pues el trabajo planteado está desarrollado en forma científica y diligente, partiendo de los antecedentes del anatocismo llegando hasta el análisis de la normativa interna relacionada con el tema, la cual permite o acepta esta figura que no es más que la capitalización de intereses que redundan en perjuicio del deudor, pues al momento de no cumplir con el pago de los intereses pactados, estos pasan a formar parte del capital y así sucesivamente la deuda se acrecienta en menoscabo de sus posibilidades económicas. Para el efecto fueron planteadas las conclusiones y recomendaciones del caso, utilizándose la bibliografía adecuada.

En consecuencia, opino que el trabajo de investigación elaborado por la Bachiller Karlenin Yohana López Rodas, cumple con los requisitos académicos exigidos por nuestra Facultad, especialmente con lo que establece el artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, por lo que procedo a dictaminar de manera favorable; en tal virtud puede continuarse con el trámite correspondiente, a efecto de que la tesis de grado, sea discutida oportunamente en el examen público respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima,

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Otto Efraín De León Ortiz
ASESOR

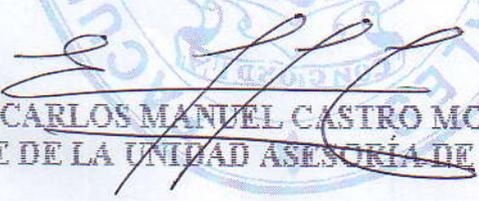
Lic. Otto Efraín de León Ortiz
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veintitrés de julio de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS ENRIQUE AGUIRRE
RAMOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante
KARLENIN YOHANA LÓPEZ RODAS, Intitulado: "ANÁLISIS DEL
ANATOCISMO REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm

Licenciado Carlos Enrique Aguirre Ramos

Abogado y Notario

Colegiado 3426

31 JUL. 2008

Hora:
Firma:

UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Guatemala, 31 de julio de 2008



Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Respetable Director:

De conformidad con el nombramiento emitido de fecha veintitrés de julio del año dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller: Karlenin Yohana López Rodas, intitulada: **“ANÁLISIS DEL ANATOCISMO REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO”**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

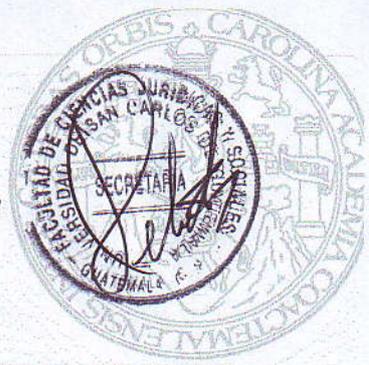
En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico - social de actualidad, la recolección de información realizada por la bachiller Karlenin Yohana López Rodas; fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

6 ave. 0-60 Zona 4. Torre Profesional I.F. Cto. nivel oficina 612-II

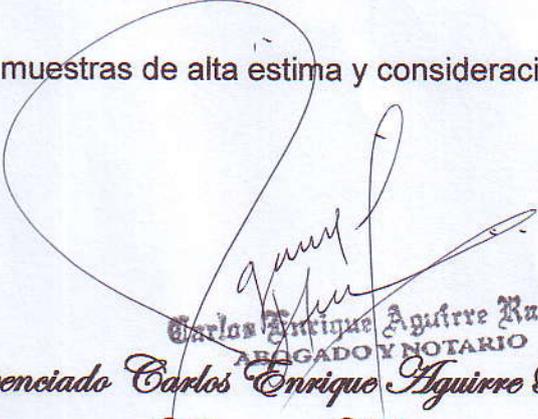
Tel. 23351617

Licenciado Carlos Enrique Aguirre Ramos
Abogado y Notario
Colegiado 3426



Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado apegado a las pretensiones de la autora, en virtud cumpliendo con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis; de lo anterior emito DICTAMEN FAVORABLE, a la investigación realizada por la bachiller Karlenin Yohana López Rodas, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así con una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema relacionado al anatocismo regulado en el Código de Comercio vigente en Guatemala.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.


Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO
Licenciado Carlos Enrique Aguirre Ramos
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 3426



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecisiete de octubre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante KARLENIN YOHANA LÓPEZ RODAS, Titulado ANÁLISIS DEL ANATOCISMO REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi guía, iluminarme y darme sabiduría, permitiéndome hoy alcanzar este sueño y cumplir una de mis metas mas preciadas.
- AL SEÑOR JESUCRISTO:** Por ser mi único y suficiente salvador y ser el único camino para llegar a Dios.
- A MIS PADRES:** Diego López Castellanos, por sus sabios consejos que me han servido para alcanzar este triunfo. A mi madre Eufemia Rodas Recinos de López por ser mi líder, transmitirme su entusiasmo y darme su apoyo incondicional. Los quiero mucho papitos, este triunfo es de ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Lisbeth y Mario, por estar conmigo, apoyarme y motivarme en mi camino.
- A MIS PRIMOS (AS):** Con mucho cariño.
- A MIS AMIGOS:** Especialmente a Marisol, Mary, Lupita, Claudia, Isabel, Edgar y Moisés; gracias por su amistad y aprecio.
- A LOS PROFESIONALES:** Napoleón Orozco Monzón y Moisés Sic Ávila, gracias por compartir conmigo sus conocimientos y apoyarme para llegar al final de esta meta.

A:

La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de convertirme en una profesional del derecho.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Anatocismo.....	1
1.1. Etimología de la palabra anatocismo.....	1
1.2. Concepto.....	1
1.3. Antecedentes del anatocismo.....	3
1.3.1. Derecho romano.....	3
1.3.2. Derecho mexicano.....	10
1.3.3. Fundamentos históricos de la prohibición del cobro de intereses en la religión islámica y cristiana. Catolicismo y protestantismo....	11
1.3.4. Consideraciones sobre el interés y el mutuo en las fuentes del derecho histórico español y en la teología moral.....	19
1.4. Otros nombres que recibe.....	25
1.4.1. Interés compuesto.....	25
1.4.2. Capitalización de intereses.....	25
1.5. Derecho comparado.....	26
1.5.1. Derecho colombiano.....	26
1.5.2. Derecho argentino.....	26
1.5.3. Derecho mexicano.....	27
1.6. Prohibición del anatocismo.....	27
1.6.1. Prohibición absoluta.....	27

	Pág.
1.6.2. Prohibición relativa.....	29
1.7. El anatocismo según el Código de Comercio de Guatemala.....	29
CAPITULO II	
2. Obligación mercantil.....	31
2.1. Concepto.....	31
2.2. Principios filosóficos.....	32
2.3. Características de las obligaciones.....	33
2.3.1. Solidaridad.....	33
2.3.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazo.....	35
2.3.3. La mora mercantil.....	36
2.3.4. Derecho de retención.....	39
2.3.5. Nulidad de las obligaciones plurilaterales.....	41
2.3.6. Calidad de las mercaderías.....	42
2.3.7. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo.....	43
2.3.8. Capitalización de intereses.....	43
CAPÍTULO III	
3. Contratos mercantiles.....	45
3.1. Etimología de la palabra contrato.....	45
3.2. Concepto.....	45
3.2.1. Diferencias entre convenio y contrato.....	47
3.2.2. Elementos del contrato.....	48
3.3. Características de los contratos.....	49

	Pág.
3.3.1. La representación para contratar.....	50
3.3.2. La forma del contrato mercantil.....	51
3.3.3. Libertad de contratación.....	52
3.3.4. Contratante definitivo.....	54
3.4. Clasificación de los contratos.....	55
3.4.1. Contratos bilaterales y unilaterales.....	55
3.4.2. Onerosos y gratuitos.....	55
3.4.3. Nominados e innominados.....	55
3.4.4. Principales y accesorios.....	56
3.4.5. Conmutativos o aleatorios.....	56
3.4.6. Típicos y atípicos.....	56
3.4.7. Formales o solemnes y no formales.....	57
3.4.8. Condicionales y absolutos.....	57
3.4.9. Instantáneos y sucesivos.....	58

CAPÍTULO IV

4. La tarjeta de crédito.....	59
4.1. Antecedentes históricos.....	59
4.2. Concepto de tarjeta de crédito.....	64
4.3. Naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito.....	66
4.3.1. La tarjeta de crédito no es un contrato.....	66
4.3.2. La tarjeta de crédito no es un título de crédito.....	67
4.3.3. Naturaleza jurídica: efecto de un contrato.....	69

	Pág.
4.3.4. Carácter prescindible de la tarjeta de crédito.....	69
4.4. Funciones identificatoria, operativa, simbólica y económica.....	71
4.4.1. Función identificatoria.....	71
4.4.2. Función operativa.....	74
4.4.3. Función simbólica.....	76
4.4.4. Función económica.....	80
4.5. La tarjeta de crédito no es instrumento ni documento legal.....	81
4.6. La tarjeta de crédito no es medio de pago, ni dinero, ni sustituto de dinero.....	81
4.7. Contrato complejo e innominado.....	88
4.8. Características adicionales del contrato.....	89
4.8.1. Contrato comercial.....	89
4.8.2. Contrato de adhesión.....	89
4.8.2.1. Critica inicial.....	91
4.8.2.2. Predominio del contrato de adhesión.....	92

CAPÍTULO V

5. El anatocismo en el contrato de apertura de crédito que da origen a la emisión de la tarjeta de crédito.....	95
5.1. Del contrato de apertura de crédito.....	95
5.2. Función.....	95
5.3. Modalidades de apertura de crédito.....	96

	Pág.
5.3.1. Plazo de vigencia especificando comienzo y cese de la relación (plazo de vigencia de la tarjeta de crédito).....	97
5.3.2. Plazo para el pago de las obligaciones por parte del titular.....	98
5.3.3. Porcentual de montos mínimos de pago conforme a las operaciones efectuadas.....	98
5.3.4. Montos máximos de compras o locaciones, obras o retiros de dinero mensuales autorizados.....	98
5.4. Análisis de lo pactado en el contrato de emisión de tarjeta de crédito (apertura de crédito).....	100
5.4.1. En qué momento impone el banco el sistema de anatocismo.....	100
5.5. Efectos del anatocismo en Guatemala.....	102
5.6. La necesidad de derogar o modificar el Artículo 691 del Código de Comercio.....	103
5.7. Argumentos a favor y en contra de la capitalización.....	103
5.8. Insuficiencia de la autonomía y realidad económico –social.....	105
5.8.1. Un empobrecimiento para el tarjeta-habiente.....	108
5.8.2. Un enriquecimiento para el emisor.....	109
CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115

INTRODUCCIÓN

El anatocismo es la capitalización de intereses, de modo que sumándose tales intereses al capital originario pasan a reeditar nuevos intereses. Es denominado también interés compuesto.

La capitalización de intereses especialidad de los contratos mercantiles que se encuentra regulado en el actual Código de Comercio y que en la práctica en Guatemala se da en los contratos de apertura de crédito que da origen a la emisión de tarjeta de crédito.

La capitalización de intereses duramente criticada por la doctrina porque va en contra de grandes masas de tarjetahabientes que los intereses que genera una deuda, rápidamente se convierten en capital, entonces es cuando el capital se acrecienta y el usuario o tarjetahabiente puede quedarse en la ruina por un pequeño saldo pendiente a su cuenta.

La investigación comprende el estudio para saber si en las instituciones bancarias y sociedades que se dedican a extender tarjetas de crédito pactan en el contrato de apertura de crédito las consecuencias que conlleva la capitalización de intereses.

La problemática se deriva del desconocimiento de las consecuencias que conlleva la capitalización de intereses en los contrato de apertura de crédito de emisión de tarjeta de crédito.

El anatocismo o capitalización de intereses es la capitalización de intereses al capital mutuado, de modo que sumándose tales intereses al capital originario pasan a reeditar o generar nuevos intereses, de modo que la acumulación de intereses al capital este se acrecienta generando mayores intereses.

En el contrato de apertura de crédito si se hace mención que en los casos permitidos por la ley se capitalizarán intereses, comisiones y cargos no pagados en tiempo, pero omite explicar las consecuencias que conlleva dicha especialidad.

En el primer capítulo se desarrolla lo relativo al etimología y concepto del anatocismo los antecedentes históricos del anatocismo, ya que es de suma importancia establecer cuál es el origen del mismo, cómo nace, y cómo fue aceptado en las legislaciones; el capítulo segundo comprende el desarrollo del tema relativo a la obligación mercantil, concepto, principios filosóficos y características de las obligaciones; el capítulo tercero comprende el desarrollo del tema relativo a los contratos mercantiles y su clasificación; el capítulo cuarto desarrolla el tema de tarjeta de crédito su naturaleza jurídica que es uno de los temas alrededor del cual gira la investigación del presente trabajo y por último el capítulo quinto desarrolla el tema de el anatocismo en el contrato de apertura de crédito que da origen a la emisión de la tarjeta de crédito.

Se utilizo el método deductivo, en los primeros cuatro capítulos al hacer el estudio amplio de la capitalización de intereses y sus denominaciones para llegar al contrato de apertura de crédito de emisión de tarjeta de crédito y con el fin de demostrar como opera la capitalización de intereses en este contrato.

CAPÍTULO I

1. Anatocismo

1.1. Etimología de la palabra anatocismo

“La palabra Anatocismo etimológicamente se forma del prefijo griego “Aná” que significa reiterar, y “Tokinós” que significa dar en interés”.¹

1.2. Concepto

“El anatocismo tiene lugar cuando el interés no se liquida una sola vez al final del período durante el cual el capital es debido sino que se lo liquida en tramos parciales y se lo acumula secuencialmente al capital. En realidad la tasa de interés aumenta en la base de cálculo de capital, por lo cual genera un mayor interés (a la misma tasa) en el período siguiente de liquidación”.²

“Se da el nombre de anatocismo al hecho de que los intereses ya vencidos se incorporen al capital y produzcan, en consecuencia, a su vez, nuevos intereses”.³

“Es la acumulación y reunión de intereses con la suma principal, para formar aquellos y ésta un capital que, a su vez, produzca interés. El anatocismo, por contrario a la moral,

¹ Perrot, Abeledo. **Diccionario jurídico**, pág. 687.

² Reynoso, Daniel Gerardo. **Tarjeta de crédito**, pág. 278.

³ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**, pág. 56.

a las leyes y al orden público, está prohibido. Así en el Código de Justiniano se expresa: “Nullo modo usurare ousurarum a debitoribus exigantur” (De ningún modo deben exigirse intereses de los intereses a los deudores)”.⁴

“Es la capitalización de los intereses, de modo que sumándose tales intereses al capital originario pasan a reeditar nuevos intereses”.⁵

Del análisis de lo expuesto sobre el derecho romano, cabe decir que el mutuo tuvo siempre un carácter civil, no mercantil, una de sus características esenciales fue su gratuidad si bien el pactar los intereses no estaba prohibido, aunque esta operación se debía realizar siempre por separado quedando fuera de la estructura propia del mutuo.

El anatocismo es la capitalización del interés. Consiste en su acumulación al capital, el que así incrementado generará mayor interés aún. Por esa razón se le conoce también como “interés del interés” aunque esta expresión es errónea porque en el anatocismo el interés por si no rinde otro interés sino después de haber sido convertido en capital.

⁴ Cabanellas De Torres Guillermo. **Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual**, pág.285.

⁵ **Ibid**, pág. 28.

1.3. Antecedentes del anatocismo

1.3.1. Derecho romano

Los peligros del anatocismo ya habían sido comprobados en la antigüedad. Muchos usureros abusaban de esta convención que a primera vista parece favorable a los deudores, dispensándolos de pagar anualmente los intereses, pero que tiende a aplastarlos rápidamente bajo el peso de sus deudas. Justiniano, acentuando las prescripciones establecidas por la legislación anterior, terminó por prohibir el anatocismo en forma absoluta.

“Los antiguos ordenamientos romanos, clásicos, justinianos y canónicos hostigaron al anatocismo juzgándolo reprobable socialmente. La realidad económica subyacente en estos ordenamientos era definida como precapitalista. Así, el mutuo de dinero la mayoría de las veces se suponía destinado a la inmediata exigencia del consumo del mutuario; por lo tanto, en ese estado de necesidad aparecía particularmente inicua la capitalización y se la prohibió juzgándola como expresión emblemática de la actividad usuraria.

Napoleón admitió la capitalización con tal de que los intereses debidos se recortasen a por lo menos un año y fuesen reclamados judicialmente. Esta fórmula fue repetida por

el código italiano de 1865, reconociendo además que la disciplina de los intereses fuese en materia comercial regulada por los usos”.⁶

En nuestro antiguo Derecho, la prohibición de préstamo con interés quitó mucha utilidad a esta prohibición del anatocismo. En cambio, en los casos en que de una convención de préstamo se debían intereses moratorios por el deudor, nuestro antiguo derecho introdujo la regla de que la capitalización estaba igualmente prohibida.

El antiguo derecho francés había conservado la antigua prohibición romana, pero el Código Civil no la reprodujo.

La jurisprudencia no se ha pronunciado en forma categórica. A los antiguos, que admitían la legalidad de la convención anticipada de anatocismo se opuso una sentencia mas reciente que la anulo.

El derecho de Justiniano, en vista de ello, había prohibido en absoluto las convenciones de anatocismo.

En materia de rentas constituidas llegaba hasta declararse que el rentero deudor no podía reemplazar el pago de las rentas por la constitución de una nueva renta en beneficio del acreedor, porque esta operación se consideraba como una especie de anatocismo contrario a las leyes.

⁶ Barbier, Eduardo Antonio. **Contratación bancaria**, pág. 372.

En el mundo romano las sanciones por impago de las deudas, fueron especialmente crueles por dirigirse no solamente contra los bienes sino también contra la propia persona del deudor. Por esta razón las pequeñas propiedades fueron absorbidas por los latifundios, de forma que parece ser que, a mediados del siglo VII todas estas normas tuvieron escasa aplicación, siendo especialmente importante la revuelta del año 428, resultado de la cual fue que, a partir de entonces, sólo los bienes del deudor respondieran de sus deudas y no su propio cuerpo como había venido sucediendo desde la Ley de las XII Tablas. A pesar de que indudablemente esto fue un gran avance, los prestamistas no cesaron de exigir a los prestatarios intereses muy superiores a los amparados por ley. De hecho en la ley de las XII Tablas se estableció una tasa de interés ascendente a la doceava parte del capital anual; en el año 407 se rebajó esta cantidad a la mitad y el pago de las deudas se repartió en cuatro plazos iguales, a lo largo de tres años, abonándose el primero en el acto. Ya en la época de Cicerón el interés legal creció al 12% anual, máximo muy superior a la tasa legal de interés convencional pero que subsistió hasta Justiniano (527-575) que la rebajó considerablemente en una tabla de gradación que tenía en cuenta la categoría de las personas como más adelante expondré, quedando siempre fuera de estas consideraciones las prescripciones y el interés aplicable, que sería como contrato marítimo una operación con una doble utilización financiera y asegurativa y que podría resumirse como un procedimiento por el que un comerciante vendía al prestamista su mercancía, comprometiéndose a recomprarla cuando llegara al puerto de destino.

“Sin embargo, el anatocismo fue terminantemente prohibido en la legislación romana de la época republicana. Prohibición consagrada por la legislación de Justiniano, que

estableció en el Código: “Nullo modo usurare osurarum a debitoribus exigantur” (De ningún modo debe exigirse intereses de los intereses a los deudores)”.⁷

La diferencia entre ambos precios era el interés del préstamo. Esta forma de actuar tuvo una variante más claramente asegurativa, pero sin llegar en modo alguno a constituir un seguro marítimo que es una institución que nace en Italia en el siglo XIV, cuando alguien se comprometía, a cambio de una prima, a comprar los bienes objeto de transporte a un precio convenido, pero estipulando que el contrato quedaba anulado en el caso de que la mercancía llegara sana y salva al puerto de destino.

En cuanto a la sanción de la prohibición de pactar intereses superiores a los legales, desde antiguo se había venido aplicando la medida de otorgar al prestatario una acción de restitución de algún múltiplo de lo que había pagado indebidamente aunque Justiniano estableció que los intereses pagados indebidamente serían únicamente imputados sobre el capital.

Respecto al pago de intereses en el mundo romano varias son las posibilidades que se pueden distinguir. En primer lugar, el interés puede ser deducido del capital en el momento de prestarse al deudor, es decir, se da una cantidad inferior a la que se pide prestada. Se trata de un procedimiento manifiestamente ilegal, el prestamista debía probar que la cantidad que figuraba por escrito había sido la efectivamente prestada con lo que se conseguía liberar al prestatario de la prueba en sentido inverso, pues hay que tener en cuenta que, en multitud de ocasiones, éste se veía obligado a firmar la

⁷ <http://www.monografias.com/trabajos/anatocismo/anatocismo.shtml>

recepción de una cantidad diferente, siempre superior, a la que en realidad le había sido entregada, ante la situación económica desesperada que padecía. Con estas y otras medidas se trató al tiempo de evitar el procedimiento más utilizado en fraude de la prohibición de usura que no es otro que el reconocimiento escrito de deuda, fijándose en este sentido la inversión de la carga de la prueba a través de esta excepción. El segundo procedimiento era posponer el pago del interés hasta la expiración del plazo del préstamo lo que no podía considerarse en si mismo ilegal y una tercera alternativa sería que el deudor podía acordar el pago de los intereses de la suma prestada por adelantado. Este último procedimiento era legal y no requería en principio formalidad alguna mientras el acreedor retuviera su derecho a demandar el pago total del capital, si bien parece claro que es elemento esencial la voluntariedad del pago de intereses por adelantado por parte del acreedor, intereses que procederán siempre del acuerdo inicial de préstamo.

Diocleciano y Maximiano (284-305) establecieron en marzo del año 290 la declaración de infamia para aquellos que exigían los intereses de los intereses, pero todas estas normas eran habitualmente incumplidas como lo demuestra el hecho de la preocupación que mostraron por este asunto emperadores posteriores. Creo que la exigencia debía ser muy frecuente por el número de normas prohibitivas de esta práctica, si bien el resultado de la aplicación de las mismas no debió ser demasiado afortunado lo que parece haber obligado a la promulgación de la Constitución de Diocleciano y Maximiano, que no solamente declara tajantemente la ilicitud de la usura sin distinguir entre intereses legales y convencionales, sino que además impone, no ya desde un punto de vista civil sino penal, que sea declarado infame el que osara

practicarla, declaración que conllevaba consecuencias muy negativas en el orden económico privado, entre otros derechos, de la posibilidad de ejercer el comercio. Igualmente, en Roma se diferenciaba claramente entre aquellos intereses aún no vencidos y aquellos ya vencidos.

Esto acaecía, por ejemplo, en el caso de un mandatario que no devolviera exactamente la suma que había recibido de su mandante con los intereses o en el supuesto de un tutor que, habiendo recibido de un deudor de su pupilo el pago de una deuda con los intereses, gastara el dinero, ya que en este caso debía los intereses de toda la suma. Justiniano afirmó refiriéndose a leyes antiguas, que si bien en ellas se había establecido que de ningún modo se les exigieran a los deudores intereses de los intereses, esta prohibición no quedaba clara, puesto que, junto a esta interdicción, se les había concedido también a los acreedores acumular al capital los intereses y estipular intereses de la suma total, con lo cual no había diferencia alguna para los deudores a quienes en realidad se les exigían intereses de los intereses.

Respecto a estos últimos, parece clara la tolerancia legal hacia el acuerdo de las partes que podían convenir en transformarlos en deuda de capital a través de la novación, tal y como ocurría en tiempos de Cicerón, aunque limitada esta posibilidad a un año. Sin embargo, Justiniano prohibió de forma absoluta el convertir los intereses en capital con el objetivo de hacerlos producir intereses, y no distinguió entre intereses vencidos y no vencidos, de forma que cualquier conversión realizada por las partes sin tener en cuenta esta norma quedaría sin efecto, con lo que los intereses conservaban siempre este carácter y por consiguiente no podían producir nuevos intereses, si bien la

prohibición de Justiniano solo era aplicable a las convenciones entre acreedor y deudor. Aparte de esta hipótesis, se podía llegar a la conclusión de que los intereses eran debidos justa y legalmente, como así ocurría en todas aquellas ocasiones que la causa de la deuda variaba, pues en estos casos nacía una nueva deuda que adquiría el carácter de principal.

Para tratar de paliar esta situación ambigua, este emperador ordenó que de ningún modo le fuera lícito a nadie acumular al capital los intereses del tiempo pasado o del futuro, y estipular luego intereses de los mismos, sino que, aún cuando esto se hubiese hecho, los intereses tendrían que permanecer siendo intereses no experimentando ningún aumento de otros intereses sino que el incremento de los mismos correspondería únicamente al antiguo capital y recogió en una constitución dada en Constantinopla en diciembre del año 528 sanciones aplicables a aquellos prestamistas que exigían un interés superior al permitido por la ley, diferenciándose la cuantía de los intereses que podían pactar las personas ilustres, aquellos que podían convenir los sujetos dedicados habitualmente al ejercicio del comercio o los que podían imponerse en los préstamos marítimos o entregas de especies a interés, del resto de las personas, sin que fuera lícito al juez aumentar dichas tasas.

Estas disposiciones como todas aquellas concernientes al préstamo con interés cayeron en desuso y únicamente quedó la posibilidad del deudor que había sufrido este abuso de solicitar la reducción de la tasa y obligar al acreedor a imputar el excedente sobre el capital. No obstante, esto sólo fue aplicado en aquellos casos en que los intereses ilícitos no habían sido pagados puesto que, en caso contrario, el deudor debía

proceder por vía de repetición de lo indebido. Las medidas de Justiniano que acabo de describir lejos de cumplir su objetivo consiguieron únicamente que los acreedores exigieran con mayor rigor el pago de intereses en cuanto éstos vencían.

Las anteriores normas fueron más tarde asimiladas y aplicadas con diversa vigencia espacial y temporal, tal y como podemos acreditar por el contenido de diferentes textos de carácter histórico-jurídico.

1.3.2. Derecho mexicano

La tienda de raya expresión histórica del pacto anticipado de Anatocismo, gestó inconformidad y odio social hasta hacerse incontrolados e incontrolables y entre otras fue causa del estallido social conocido como la revolución mexicana de 1910.

El pueblo triunfador con las armas de la guerra en la mano, impuso en el sistema jurídico mexicano, la civilización del derecho mercantil y dejó constancia que esas prácticas de lucro indebido e inmoderado, no deberían repetirse en la historia mexicana y para ello prohibió cualquier pacto anticipado de Anatocismo; y sólo permitió la realización del pacto posterior.

En materia de libre contratación, la nueva Constitución mexicana de 1917 protege los derechos humanos y a los asalariados contra los abusos de la libre contratación, llegando a sancionar todo convenio que tenga por objeto, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad o implique la renuncia de su lícito ejercicio; así como cualquier

acto que constituyese ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del pueblo en general y aún de alguna clase social. Como consecuencia de la supremacía de los intereses colectivos sobre los exclusivamente privados, se limita, se declara modificable y aún llegan a nulificarse los actos o acuerdos de los particulares contrarios a las leyes prohibitivas, al interés y al orden público; a las buenas costumbres, a la licitud de los contratos; a los terceros de buena fe, a la identidad de las personas a la respetabilidad de las instituciones sociales.

1.3.3. Fundamentos históricos de la prohibición del cobro de intereses en la religión islámica y cristiana. Catolicismo y protestantismo

En la tradición cristiana, la prohibición del préstamo con interés se puede deducir de multitud de textos del Antiguo Testamento, fundamentalmente del Éxodo, el Levítico y el Deuteronomio (estos libros constituyen la manifestación testimonial de una sociedad compuesta fundamentalmente por pastores y campesinos inmersos en una economía de supervivencia donde la prohibición de la usura asumía el papel fundamental de proteger al más pobre que acudía al mutuo como medio para superar su situación económica, de ahí el nexo entre mutuo e indigencia, lo que origina la necesidad de que el primero sea gratuito) y del Nuevo Testamento aunque con cierta controversia, en este último caso. La prohibición se mantiene en el tiempo y queda establecida en gran número de Concilios de la Iglesia primitiva al tiempo que los sacerdotes de la Iglesia atacan sin cesar a los usureros fundándose en consideraciones de orden moral y no constitutivas de normas jurídicas, a la vez que se considera la caridad cristiana como

contraria a la exigencia de interés, basándose en la frase del pasaje del Evangelio de San Lucas, VI, 35, que contiene más bien un consejo que una prohibición.

La prohibición del préstamo a interés aparece tanto en la tradición islámica como en la cristiana. Dentro de la primera, se da la usura, que es cualquier incremento injustificado entre el valor de los bienes dados y el contravalor de los bienes recibidos. Mientras que en la segunda se da la transacción o comercio que se basa en la equidad, mientras que el contrato usurario se basa en la injusticia, tomando más y dando menos o nada a cambio, se produce, por tanto, en la usura, un incremento injustificable, existiendo varias formas de usura dentro de esta tradición; una se da cuando se restringe el mercado, marco en el que todas las transacciones tienen lugar y, en consecuencia, el valor de algún o algunos bienes se incrementa artificialmente por un monopolio o una imposición legal. La otra forma de usura se produce cuando se introduce abiertamente un incremento en una transacción en particular; por lo tanto, el valor de uno de los bienes es diferente del valor del otro que se intercambia por el efecto de un determinado periodo de tiempo. La usura requiere consecuentemente restricción en el mercado o falta de equidad en el trato; por lo que es fácil deducir que la equidad precisa libertad en el mercado e igualdad en el trato, es decir, la equidad demanda también que el intercambio en los valores sea de igual por igual en la transacción específica, de forma que nada debería añadirse a lo que es el intercambio en sí mismo, ninguna adición ni en cantidad o condición de cualquier tipo. Según lo dispuesto en la tradición islámica, hay que diferenciar diversas formas de usura basadas en la ruptura de la igualdad en el acuerdo. La primera es rentar el dinero, práctica prohibida puesto que el dinero no pertenece a la categoría de las mercancías rentables, si bien sí puede ser

invertido en un negocio generando pérdidas o ganancias, es decir, la sola utilidad del dinero es que sirve para ser gastado y aún cuando siga existiendo después de haber sido gastado, en lo que respecta al que hizo el gasto, el dinero fue irrevocablemente consumido. Por otro lado, el ahorro del dinero, aunque es una utilidad intrínseca del mismo, no puede ser transferido a nadie más que al propietario y, por lo tanto, solo el propietario puede ahorrar su dinero independientemente de quien sea el que lo posea.

Otras formas de alterar la equidad de la transacción por la abierta desigualdad de los valores se da en el caso de falta de certeza en el precio, cantidad o calidad de lo que está siendo vendido o en el de la usura encubierta, concepto por el que se entiende, entre otras prácticas, introducir condiciones extras en un acuerdo, como hacer dos transacciones en una o pujar en una subasta sin ánimo de comprar, sino únicamente de elevar el precio de los bienes o retardar el pago en el intercambio de monedas, forzando en consecuencia un préstamo antes de que el intercambio ocurra; o manipular el mercado de alimentos vendiendo algo antes de tomar posesión del mismo. Igualmente en la tradición musulmana usura es obtener ganancia en una sola transacción que es como tomar sin dar nada a cambio, por lo que se deduce que la ganancia sólo es legítima en el comercio, en el sentido de que se actúa sobre algo para transformarlo, es decir, se compra a cierto precio, luego se transporta a otro lugar diferente o se mejora y después se vende a un precio diferente.

De hecho la usura, a la que me refiero no solamente en el sentido de ganancia excesiva en un préstamo sino también como toda transacción en la que una persona espera recibir más que lo que ha dado, estuvo considerada por la Iglesia como una ofensa

teológica, puesto que se partía de una forma de entender el préstamo como aquello a lo que se recurría cuando se era presa de alguna desgracia, y la moral imperante estaba, al menos en teoría, en contra de aprovecharse del mal del prójimo.

Esta prohibición del interés solo regía para el clero, pero se hizo extensiva a los laicos en la Europa Occidental por las Capitulares de Carlomagno y los Concilios del siglo XI. Posteriormente del precepto moral se pasa a las reglas de Derecho canónico y, ya en el siglo XII, Graciano recogió en su Decreto, que tiene el valor de colección privada, los principales textos canónicos del primer milenio conteniendo ideas de los sacerdotes de la Iglesia, de los concilios y de las decisiones pontificias habidas con anterioridad a 1140 condenando el préstamo con interés tanto en la primera como en la segunda parte del mismo.

Con anterioridad, Santo Tomás de Aquino admite la usura en el mundo civil defendiendo que los textos de las Sagradas Escrituras antes mencionados son puramente metafóricos. En su opinión, en el caso del préstamo de dinero, dado que su propio uso es el consumo y la inversión, es en sí ilícito percibir un precio por el uso del mismo en el préstamo y debe restituirse lo que se reciba en calidad de interés. En opinión de Santo Tomás peca contra la justicia aquél que por pacto tácito o expreso recibe dinero o algún beneficio como resarcimiento de un préstamo; ahora bien, si el beneficio o el dinero se recibe sin haberlo exigido y sin que derive de una obligación tácita o expresa sino de forma gratuita, no habrá pecado, ya que el acreedor antes de haber prestado el dinero podría haber recibido gratuitamente una donación. Santo Tomás señala también que el que otorga un préstamo puede, sin cometer pecado,

contratar con el prestatario una compensación del daño sufrido, puesto que esto no es vender el uso del dinero sino evitar un perjuicio, afirmando también que quien confía su dinero a un comerciante o artesano constituyendo con él una sociedad, no le está transfiriendo la propiedad del dinero sino que el comerciante o artesano solamente negocia con el dinero que se le ha entregado, asumiendo los riesgos de la operación mercantil el propietario del numerario, por lo que dicho propietario puede exigir lícitamente, como fruto de una cosa suya, una parte de las ganancias obtenidas.

Los concilios de los siglos XII y XIII definen la prohibición como una ley universal de la Iglesia conforme al Derecho natural añadiendo nuevas sanciones a las preexistentes, así el de Letrán de 1139 estableció que las prácticas ilícitas de usura debían ser consideradas infames para privar a sus ejecutores de los sacramentos y de la sepultura eclesiástica, mientras que el posterior Concilio de Letrán de 1179 dispuso que el usurero manifiesto no debía recibir la comunión y, si perseveraba en esta actitud hasta la muerte, no debía ser enterrado cristianamente; el clérigo que no observara estas disposiciones sería castigado con la suspensión. Puesto que estas medidas resultaron insuficientes, el II Concilio ecuménico de Lyon de 1274, en tiempos de Gregorio X, consideró de utilidad recabar la cooperación de las autoridades civiles, estableciendo en el capítulo 26 que todo aquel que hubiese dado hospitalidad a un usurero y no le hubiese expulsado en el término de tres meses debía ser castigado, si era una persona física con la excomunión y si era una persona jurídica con la interdicción.

Posteriormente, el papa Clemente V, en el capítulo 15 del Concilio de Vienne de 1311, instituyó que si alguno incurría de tal modo en error hasta el punto de afirmar que el

ejercicio de la usura no era pecado, debía ser considerado como herético, condenándose por consiguiente en el mismo Concilio a toda autoridad civil que permitiera el ejercicio de la usura. En resumen, se podría afirmar que la usura era considerada un pecado peor que el robo y de consecuencias tan perniciosas, que cualquier beneficio obtenido de ella ni siquiera podía darse como limosna. Para proporcionar mayor fuerza a esa prohibición eclesiástica, tal y como se ha tratado de exponer en las páginas que anteceden, se promulgaron, una serie de penas para aquellas personas que cometieran el delito de usura. En primer lugar, su calificación de infames, aún antes de que se dictara sentencia.

Después, la pérdida de la cantidad dada en préstamo, la cual solía repartirse entre prestatario y el fisco y además, en algunos reinos, podían ser condenados por uno o dos años al destierro. En tercer término, eran castigados con la pena de excomunión, culminando tan desagradable acusación con la nulidad de los testamentos dados por usureros notorios, exceptuando las cantidades que hubieran sido legadas a obras pías.

Después de esta fecha las disposiciones prohibitivas de la usura se sucedieron, respondiendo a la incidencia de la Reforma en el campo de la usura. De hecho, al quebrarse la autoridad de la Iglesia católica, que alcanzó su punto culminante el 31 de octubre de 1517 cuando Martín Lutero clavó sus 95 tesis en la puerta de la iglesia del Castillo de Wittenberg, se hizo inevitable que las antiguas prohibiciones de la usura fueran abandonadas incidiendo poderosamente en este cambio de actitud la inclinación a favor del capitalismo del protestantismo, destacando especialmente en este sentido las opiniones de Juan Calvino, para quien la ley moral había cambiado y, por lo tanto,

ya no era inmoral cobrar intereses. Desde ese momento, la polémica en el seno de la comunidad mercantil ya no consistía en si debería permitirse el interés sino cuál era la tasa admisible. De hecho en los países protestantes se estableció un sistema de intereses máximos en vez de su prohibición, considerándose usurarios únicamente aquellos que sobrepasaban el límite. Sin embargo, lo que constituía una tasa de interés excesiva quedó sin definir claramente por lo que, si anteriormente la práctica comercial estaba sujeta a la ley moral, ahora la ley moral podría ser alterada con la práctica comercial. La ética quedó separada de los textos revelados dejándose llevar los legisladores por los imperativos económicos del momento y, ya en la época de Cromwell, tuvo lugar la guerra anglo-holandesa, que fue la primera disputada por razones puramente comerciales. Las transacciones financieras agrupadas bajo el término Banca se habían realizado con anterioridad, pero van a conseguir institucionalizar la usura a partir de dicho momento. Así, los tres elementos principales que participan en la formación de la banca son transacciones que implican usura: el cambio de moneda extranjera, la negociación de préstamos y los depósitos bancarios, a los que va asociada la creación de dinero.

Resumidamente, se podría decir que de forma gradual los mercaderes dedicados al comercio internacional fueron creando una forma de pago por mercancías en el extranjero que evitaba la necesidad de transportar grandes cantidades de oro y plata de un país a otro, lo que se consiguió a través de las letras de cambio. Estas letras llevaban fecha diferida para dar tiempo a que se vendieran las mercancías y a que el dinero fuera transferido. Sin embargo, lo que empezó a ocurrir fue que los comerciantes, a quienes interesaba tener su dinero rápidamente para poder continuar

con sus actividades en el tráfico mercantil, vendían la letra de cambio a otro comerciante, que se la pagaba al contado, por un precio inferior al nominal. Este segundo comerciante cobraba luego la letra, una vez cumplida su fecha, obteniendo un beneficio para el que no había realizado actividad alguna (en lenguaje bancario a esto se denomina operaciones de descuento). Progresivamente fue apareciendo una nueva clase de comerciantes a quienes les resultaba más provechoso negociar en letras de cambio que en mercancías reales; su comercio era, por tanto, usura pura. El tercer tipo de operación que he mencionado era el depósito bancario y de él se ocupaban principalmente los orfebres que, dada la naturaleza de su negocio, contaban con lugares seguros donde custodiaban los excedentes de oro, plata y otros metales preciosos de la gente, que recibían a cambio un recibo de lo que habían depositado.

Con el tiempo algunos empezaron a utilizar esos recibos en lugar de dinero, mientras que los propios orfebres, viendo que los depósitos que almacenaban por cuenta de terceros se mantenían al mismo nivel, empezaron a expedir recibos en exceso de los que ya habían dado, es decir, no respaldados por moneda real, tanto para pagar artículos para ellos mismos como en forma de préstamos con interés. Esta transacción no era solo usuraria sino también fraudulenta y como las anteriores entró a formar parte de las operaciones habituales de la banca.

Estas tres transacciones que en un principio estaban conectadas al comercio real, fueron reunidas en su forma usuraria bajo el término de banca quedando dissociadas completamente de su contexto original. Posteriormente se produce la creación del banco de Inglaterra con licencia del gobierno para descontar letras de cambio e imprimir

dinero. De este modo la usura pasa de ser un delito condenado absolutamente desde los tiempos más antiguos y castigado severamente por la ley a ser considerada como una forma reconocida y honorable de hacer negocios.

Ya en 1745 Benedicto XIV resumió toda la doctrina anterior en la encíclica VIX, dada en Roma el primero de noviembre de 1745 en el sexto año de su Pontificado. Este documento permanece fiel a la antigua concepción de la prohibición de la usura en cuanto beneficio derivado del contrato de préstamo que en esencia era gratuito considerando que había pecado al exigir dentro del contrato de préstamo más que el capital prestado. Sin embargo, por un título diferente del préstamo se podía dar al mutuante el derecho de exigir alguna otra cosa como compensación además de la suma prestada, dando pie a la admisión de la doctrina de la usura compensatoria desarrollada por la canonística más adelante, es decir, se reconocen diversos títulos extrínsecos al contrato que justificaban el cobro de interés, como el daño emergente, el lucro cesante y el riesgo de perder el capital, entendido todo esto con ciertas matizaciones.

1.3.4. Consideraciones sobre el interés y el mutuo en las fuentes del derecho histórico español y en la teología moral

Siguiendo con el análisis y para darle una estructura comprensible a esta exposición hay que deducir que se observa en los textos sobre el mutuo un triple supuesto: mutuo tolerado, mutuo admitido y mutuo paliado. En el primer caso, la prohibición de pactar intereses se mantiene configurada dentro del ámbito penal pero su represión se hace

muy difícil con los escasos medios de la época, por lo que, al asimilarse la usura a la prostitución, según la moral predominante, se permite de hecho. Como mutuo admitido hay que señalar dos supuestos: el préstamo gratuito que comprendería la usura admitida por razón de la caridad y el de la usura judía o préstamo oneroso tasado cuando le fuera permitido a los judíos, teniendo en cuenta que el establecimiento de la tasa o la misma prohibición de la usura chocaba frontalmente con los privilegios que en reconocimiento de su propia ley les habían sido concedidos a los judíos en sus relaciones con los cristianos por lo que es fácil adivinar que los conflictos fueron frecuentes.

Respecto a aquellos contratos realizados «en engaño de las usuras», el citado ordenamiento prescribía que se consideraran jurídicamente usurarios con todas sus consecuencias. En cuanto al sistema a aplicar a los judíos y los musulmanes se les prohibía también la práctica de la usura revocándoseles todo el sistema de privilegios del que habían disfrutado hasta entonces.

En nuestro derecho histórico el contrato de préstamo aparece recogido en gran número de textos legislativos, así como también la mención específica de la tasa de interés legal que podía aplicarse a los mismos. El Fuero Juzgo autorizó un interés del 1 por 8 y cualquier acuerdo a que hubiesen llegado las partes contratantes, exigiendo el prestamista un interés mayor, suponía la pérdida de los intereses aunque no del capital. En el caso de que el préstamo se hubiera realizado sobre cosas fungibles el interés podría elevarse a la tercera parte de lo prestado. El Fuero Real disminuyó este interés a un 25%, imponiendo como pena la devolución del duplo en el caso de haberse pactado

un lucro superior determinando; por otro lado, la prohibición de que el prestamista usara la cosa dada en prenda como garantía del préstamo, al tiempo que se estableció la interdicción de que los judíos diesen dinero a usura a cristiano alguno castigándose este tipo de actuaciones con la pérdida de todo cuanto el judío hubiese prestado. En las Partidas se prohibió la realización de todo pacto de cualquier interés bajo la pena de la nulidad del contrato y aquellos que osaban practicar la usura quedaban sometidos a la jurisdicción eclesiástica, pese a lo cual el prestatario no se liberaba en ningún caso de la obligación de devolver lo recibido. En el ordenamiento de Alcalá de 1348 se estableció respecto de la usura un régimen para los cristianos y otro distinto para los judíos y los moros; en el primer caso se instituyó que el cristiano o cristiana que diese sus bienes a usura sería castigado con la pérdida de la tercera parte de los mismos; si reincidía en esta práctica, perdería la mitad de sus bienes y, si volvía a hacerlo por tercera vez, sufriría la detracción de la totalidad de sus haberes.

De lo dicho hasta aquí podemos deducir que, en las comunidades cristianas medievales europeas, el mutuo con interés constituía una práctica habitual observándose cierta tendencia a su prohibición a partir del siglo XII en el ámbito canónico. En Castilla, la política legislativa de Alfonso X careció de una sola directriz, pues aunque el Fuero Real estableció el sistema de tasa, las partidas prohibieron el mutuo con lucro con carácter general aunque sólo para los cristianos y el Ordenamiento de Alcalá consideró la práctica de la usura como un delito perseguible de oficio, a pesar de lo cual se producen incumplimientos de la prohibición respecto a los judíos en las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas disconformes con la real de la época.

Por otro lado, en el reino de Aragón también el tratamiento de la usura será diferente para cristianos y para judíos pues, si bien la tendencia inicial es su prohibición general, durante los siglos XIV y XV se permite el ejercicio moderado de la usura a los hebreos, mientras que en Valencia la falta de regulación de la usura en los fueros primitivos se va a corregir respecto a los cristianos a los que se van a prohibir estas prácticas. En cuanto a Navarra, si bien en un principio se admite la usura tasada tanto para cristianos como para judíos, el amejoramiento foral de 1330 prohíbe totalmente su ejercicio a los cristianos permitiéndose la tasada a los judíos.

La prohibición de la usura se consideró una necesidad para proteger a los deudores, si bien las necesidades del comercio iban cada vez exigiendo una mayor flexibilidad en la consideración de los préstamos con interés por lo que las opiniones al respecto se fueron haciendo menos rígidas, sobre todo a partir de las Cruzadas, época en que las condiciones económicas de la Europa Occidental sufren un profundo cambio, la economía natural desaparece gradualmente y es reemplazada por la economía monetaria. De hecho, cuando se desarrolla la actividad de los comerciantes en la edad media, se produce una cierta ruptura con respecto a la idea de la gratuidad del mutuo, pues las circunstancias socioeconómicas habían cambiado respecto a las que había hecho surgir la prohibición y ya no era posible aplicar las antiguas consideraciones sobre la usura del antiguo testamento, pues no se trataba ya de una economía de supervivencia ni la pobreza era característica común de la población, ahora la cuestión principal radicaba en la distinción entre el mutuo al necesitado que continuaba sometido a la prohibición de la usura y el préstamo que se realizaba como negocio mercantil en el cual la gratuidad no tenía cabida, pues el préstamo se realizaba a un mercader que lo

solicitaba para traficar con él y enriquecerse, lo cual no encajaba muy bien con dos ideas fuertemente enraizadas en el pensamiento medieval, una, que el dinero no debía ser nunca jurídicamente fecundo por ser esto contrario a su propia naturaleza y la segunda que la usura era pecado, aspecto éste último en el que incidiré en las páginas que siguen. Por estas razones se fueron introduciendo medios para conciliar la necesidad práctica de los préstamos con interés con la prohibición de la usura que continuaba haciendo la Iglesia, al tiempo que se reconocía que, si la prohibición hubiera sido aplicada en toda su crudeza, habría hecho realmente muy dificultoso el desarrollo del comercio paralizando la mayor parte de las actividades relacionadas con el mismo.

Muestra de la permisividad de la presencia judía para permitir el funcionamiento de un mercado crediticio la tenemos en ciertas fuentes castellanas a algunas de las cuales hemos hecho referencia con anterioridad. Profundizando algo más en ellas cabe señalar que en el denominado Fuero de Cuenca, otorgado como se sabe a todas las ciudades conquistadas por Alfonso VIII, se daba a los hidalgos la prerrogativa de poder vender o empeñar los bienes ofrecidos como hipoteca de préstamos pedidos a financieros judíos antes de que se verificase la entrega a estos, aunque realizada ésta sólo podía recabar sus bienes después de hecho el cobro de la cantidad prestada. A cambio de esta negativa posición de los prestamistas, los deudores quedaban en la obligación de responder en el término de diez días al emplazamiento de los acreedores, debiendo pagar una multa de sesenta sueldos cada vez que, negada una deuda, fuese probada. Además, toda discusión surgida del préstamo hecho sobre prenda debía dirigirse por medio de prueba judicial, cargando el deudor con tanto y medio (150%) caso de ser el resultado favorable al acreedor. Por su parte en el Fuero Real, normativa

aplicable a toda Castilla, se intentaba alejar a todos los cristianos de la usura declarando que no debían dar a usura por ley ni por derecho, dejando este oficio en manos de los judíos, al tiempo que ordenaba que el tipo máximo estipulado fuera de “tres por cuatro” anual no siendo válido cualquier pacto de cuantía superior, es decir por cada tres unidades prestadas tenían que ser devueltas cuatro al finalizar el año. “Se consideraba que los cristianos pecaban aceptando o pagando intereses por los préstamos y eran por tanto reos de castigos de carácter espiritual, asuntos que raramente se sustanciaron en los tribunales civiles, excepción hecha de que el acusado como usurero fuera judío y, en este caso, más que de las pruebas, las sentencias dependían de las mejores o peores relaciones que mantuviera su colectivo con el monarca de turno”.⁸

Precisamente, de la prohibición canónica recogida en la legislación civil y de la escasez de numerario nació, entre otras, la práctica de las rentas constituidas, tratándose, en cualquier caso, de encontrar alguna excusa artificiosa que, respetando las normas canónicas, permitieran al comercio seguir funcionando, lo cual no quiere decir que junto a estas posibilidades que no infringían las normas no existieran otras, que tratando de disimular el préstamo con interés, no fueran en realidad más que medios para favorecer la usura. Dicho de otro modo, la solución al problema de la usura, según la interpretación laxa que se hacía del texto de San Lucas, a la que he aludido líneas arriba, consistió en calificar de forma distinta a los negocios mercantiles respecto del mutuo que era el único que quedaba expresamente prohibido.

⁸ Gómez Rojo, María Encarnación. **Historia jurídica del anatocismo**, pág. 7.

1.4. Otros nombres que recibe

1.4.1. Interés compuesto

“El hecho de exigir réditos (renta, utilidad o beneficio renovable que rinde un capital) por los intereses, que con tal fin se agregan al capital, constituye, en verdad, la formación de un interés compuesto, ya que se consideran los intereses devengados como nuevo capital, que rinde a su vez los suyos. Esta forma de usura es de lo mas frecuente, y ha sido reconocida bajo ciertas condiciones en forma legal”.⁹

1.4.2. Capitalización de intereses

“Capitalizar intereses significa que cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto, acrecenta el capital; de manera que, a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque se elevó la suma del capital. Este fenómeno (Arto. 691 Código de Comercio) era conocido en el negocio bancario; pero el Código de comercio lo extendió a todo tipo de obligación mercantil, siempre que así se pacte en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que cobran los bancos”.¹⁰

⁹ Arrubla Paucar. **Ob. Cit**; pág. 27.

¹⁰ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 2.

1.5. Derecho comparado

1.5.1. Derecho colombiano

“Los intereses, para que produzcan intereses, deben tener un año de vencidos. Frecuentemente se incurre en la equivocación de considerar que, cuando la obligación lleva un año de vencida, los intereses de ese año ya son aptos para producir intereses los que llevan un año de causados, pero no los recientemente originados; por ello, la liquidación de intereses sobre intereses es bastante compleja y precisa de liquidaciones por día, puesto que cada día que pasa, algunos intereses ajustan un año vencidos”.¹¹

El Código Civil de Colombia en su Artículo 2235 dispone expresamente la prohibición de estipular intereses de intereses, mientras que el Código de Comercio los admite en ciertas eventualidades, en el artículo 886 cuando señala “los intereses pendientes no producen intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos.

1.5.2. Derecho argentino

“El Código de Comercio de Argentina establece en su Artículo 788, que en la cuenta corriente mercantil las partes podrán capitalizar los intereses en períodos no inferiores a tres meses, fijar fechas de balances parciales y acordar cláusulas accesorias. Según el

¹¹ Arruvla Paucar. **Ob. Cit.**, pág. 128.

Artículo 795, de dicho Código en relación a la cuenta corriente bancaria, los intereses se capitalizaran por trimestre, salvo estipulación expresa en contrario. Lo expuesto significa que el Artículo 788 permite capitalizar trimestralmente y no prohíbe pactar un período menor, pero el Artículo 795 ordena capitalizar trimestralmente y exige un pacto en caso contrario. En síntesis, la cuenta corriente mercantil admite un período de capitalización menor a tres meses”.¹²

1.5.3. Derecho mexicano

“En cuanto a los intereses vencidos y no pagados, no puede exigirse intereses sobre ellos; sin embargo, pueden capitalizarse si así se pactó por los contratantes, conforme lo que establece el Artículo 363 del Código de Comercio, sigue este criterio la Ley Federal de Protección al Consumidor, Artículo 68”.¹³

1.6. Prohibición del anatocismo

1.6.1. Prohibición absoluta

Con el avènement de la civilización comunista y el surgimiento del tráfico entre comerciantes, el préstamo de dinero tendía a satisfacer no sólo las necesidades inherentes al consumo de la familia sino, más bien, a las exigencias de inversiones en el sector comercial primero e industrial después. Fue así que el Código Napoleón (Art.

¹² Reynoso. **Ob. Cit.**, pág. 278.

¹³ Del Mercado Vásquez, Oscar. **Contratos mercantiles**, pág. 188.

1154) admitió la capitalización con tal de que los intereses debidos se recortasen a por lo menos un año y fuesen reclamados judicialmente. Esta fórmula fue repetida por el Código Italiano de 1865, reconociendo además que la disciplina de los intereses fuese en materia comercial regulada por los usos.

Los antiguos romanos, clásicos, justinianos y canónicos hostigaron al anatocismo juzgándolo de reprobable socialmente. La realidad económica subyacente es estos ordenamientos era definida como precapitalista. Así el mutuo de dinero la mayoría de las veces se suponía destinado a la inmediata exigencia del consumo del mutuario; por lo tanto, en ese estado de necesidad aparecía particularmente inicua la capitalización y se la prohibió juzgándola como expresión emblemática de la actividad usuraria.

De tal forma, se limita el anatocismo en dos casos: 1) convención posterior entre partes, y 2) morosidad en el pago de la liquidación judicial. Se advierte ya que tal restricción fue parcialmente morigerada por la doctrina y la jurisprudencia.

El Código Civil de Argentina en su Artículo 623, no obstante, reproducir la prohibición de los intereses como principio general, contenía formas atenuadas en tanto procedía por obligación posterior convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo.

1.6.2. Prohibición relativa

Puede sostenerse, en definitiva, que la posición crítica del anatocismo sólo constituía el ropaje para engalanar la solución de supuestos particulares, sin perjuicio de constituir luego la evidencia de fisuras en la aplicación dogmática de la prohibición, y más aún de sus fundamentos. Ello aunque, sin sistematizarse, no conmovieron durante mucho tiempo el principio que parecía inmutable”.¹⁴

La prohibición del anatocismo no es absoluta, en el sentido de que resulte aplicable indiscriminadamente a toda situación en que aparezca una deuda por intereses produciendo, a su vez intereses, como si la ratio legis fuera el considerar intrínsecamente desvaliosa esa situación.

“El carácter relativo de la prohibición se pone de manifiesto en el hecho de que, en determinadas circunstancias, la ley permite aquella situación.

1.7. El anatocismo según el Código de Comercio de Guatemala

“Esta figura era conocida en el negocio bancario pero el Código de Comercio de Guatemala en su artículo 691 lo extendió a todo tipo de obligación mercantil; siempre que así se pacte en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que cobran los bancos.

¹⁴ Barbier, **Ob. Cit;** pág. 372.

Contrariamente, el Artículo 1949 del Código Civil prohíbe la capitalización de intereses; permitiéndola únicamente en el negocio bancario”.¹⁵

¹⁵ Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 9.

CAPITULO II

2. Obligación mercantil

2.1. Concepto

“No hay un concepto de obligación mercantil distinto del de obligación civil. La obligación, como sabemos, es el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención.

Podríamos sin embargo, siguiendo el concepto de obligación civil, considerar que la obligación mercantil constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil.

En gran parte el derecho comercial es derecho de las obligaciones. Las obligaciones civiles tienen un carácter estático, de tranquilidad. Las obligaciones comerciales son un perfecto movimiento. La obligación civil tiende a lograr un bien que por lo regular debe servir al acreedor. La obligación comercial es por el contrario un medio de cambio.

Ya quedó escrito, y aún así se entiende, que en cada obligación figuran por lo menos dos personas que se encuentran una frente a otra en una relación de desigualdad. De una parte la libertad personal del acreedor traspasa sus confines naturales, transformándose en un poder sobre el deudor; de otra parte, por el contrario, la libertad

natural del deudor se restringe, de tal manera que se coloca en un estado de necesidad.

“Los contratos son la fuente más importante de las obligaciones mercantiles, puesto que la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar”.¹⁶

2.2. Principios filosóficos

Cuando el Código de Comercio en su Artículo 669 establece que las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, no significa que la verdad y la buena fe dejen de tomarse en cuenta para obligaciones de otra naturaleza jurídica. Lo que se trata es de insistir en que, por el poco formalismo con que se dan, esos principios funcionan como parte de su propia subsistencia; de manera que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico comercial. En otras palabras, el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos es riguroso, porque sólo de esa manera puede conseguirse armonía en la intermediación para la circulación de los bienes y la prestación de servicios. Ésta es, pues, una característica de las obligaciones mercantiles: el escrúpulo en hacer prevalecer la verdad y la buena fe que proviene del contrato como elementos consubstanciales a su propia naturaleza. De ahí que en

¹⁶ Vázquez del Mercado, **Ob. Cit;** pág. 149.

materia de nulidad de obligaciones y contratos mercantiles, la doctrina aconseje reducirlas al máximo, con el fin de mantener la seguridad del tráfico.

2.3. Características de las obligaciones

2.3.1. Solidaridad

“Se presenta una derogación en el campo mercantil, de la regla civil de que en el supuesto de pluralidad de deudores en una obligación la solidaridad no se presume; para el derecho mercantil, el principio se invierte y así cuando varios deudores se comprometen a una misma prestación se considera que responden solidariamente, a menos que expresamente se señale lo contrario.

Este principio ya lo señalaban expresamente algunos códigos como el italiano, el portugués y el rumano. La mayoría de los autores también sostienen el mismo postulado, incluso sin necesidad de expresar normas, fundamentándose en usos mercantiles”.¹⁷

“La doctrina civil nos enseña que cuando una obligación tiene del lado pasivo o activo a varias personas, se le llama mancomunada. Esta mancomunidad puede ser simple o solidaria. En caso del deber es simple cuando cada uno de los sujetos responde de una parte de la obligación; y solidaria cuando cualquiera de ellos responde de la totalidad

¹⁷ Arrubla Paucar. **Ob. Cit**; pág. 45.

frente al sujeto del derecho. Conforme nuestro Código Civil, para que una obligación mancomunada sea solidaria, es necesario que se pacte expresamente. Con relación a este es que se establece una especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, en lo que al deudor o los fiadores se refiere: si en una obligación mercantil hay varios deudores, su mancomunidad es solidaria en virtud de la ley; o sea que se presume; no lo necesita ser expresa como lo manda el Código Civil. A la inversa de éste, lo que se pactaría sería que la mancomunidad fuera simple. Esta regla rige también para el fiador de una relación mercantil; y si hay varios fiadores, son solidarios entre sí, salvo pacto en contrario. Lo anterior no excluye el derecho de repetir que también es especialidad que el Código de Comercio sólo regule la presunción de la mancomunidad solidaria en el sujeto pasivo de la obligación (deudores), no así en el sujeto activo (acreedores)".¹⁸

“En el derecho mercantil se presume la solidaridad en las obligaciones. En el Derecho Civil, cuando los deudores de una obligación son más de uno, cada cual, salvo algunas excepciones, quedan obligados hasta un límite, que es su cuota. Si un deudor es insolvente, el acreedor no puede exigir la cuota respectiva a otro deudor y, por lo tanto, deja de obtener el monto total de su crédito.

Es diverso en el derecho mercantil. Los codeudores de una obligación quedan, porque así se presume, obligados solidariamente, al grado que el acreedor puede exigir de cada deudor el pago total del crédito, salvo pacto en contrario.

¹⁸ Villegas Lara. **Ob. Cit.**, pág. 2.

La razón de esta presunción se debe a que se considera que en el campo del comercio hay una mayor seguridad para el acreedor, de poder recuperar su crédito, dado que si un deudor no paga, puede lograr el pago con el otro deudor.

“Debe señalarse, sin embargo, que la solidaridad se presume cuando la obligación es mercantil para los codeudores, pues en el caso de un acto de comercio unilateral no existe tal presunción”.¹⁹

2.3.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazo

La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo al Código Civil, cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a la voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine (Arto. 1283 Código Civil). Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge entonces una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. Por ejemplo, si se contrata una compraventa cuyo precio se pagará por abonos, es lógico que la obligación no es exigible de inmediato, porque el plazo es consecuencia del mismo contrato.

¹⁹ Vásquez del Mercado, **Ob. Cit**; pág. 151.

En concordancia con este mismo tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles; a menos que se pacten expresamente como lo establece el Artículo 676 del Código de Comercio: En las obligaciones y contratos mercantiles, toda prórroga debe ser expresa.

2.3.3. La mora mercantil

En el Derecho Mercantil no es requisito de mora la interpelación del acreedor, respecto de los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o de la ley. En este caso, los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente del vencimiento del plazo. Principio que obedece a la idea de que en el comercio, el comerciante no puede tener improductivo su dinero, no es compatible con las exigencias de la vida comercial y en consecuencia, la mora implica pago de intereses.

La mora es siempre imputable al que cae en ella, es la violación a un deber, el deber de cumplir.

La mora, en términos generales es el retardo en el cumplimiento de una obligación, esto es, cuando se debe una prestación y no se efectúa oportunamente por el deudor. Hay también mora del acreedor, cuando la falta de la prestación no es imputable al deudor, si éste ha ofrecido el cumplimiento, y el acreedor no ha querido aceptarlo, se constituye en mora.

En las obligaciones de naturaleza civil, los requisitos de la mora son, el vencimiento de la obligación, la falta de la prestación por el deudor, e interpelación del acreedor al deudor.

Los sujetos de una obligación civil tanto deudor como acreedor pueden incurrir en mora; la mora es el status jurídico en que se encontrará el sujeto si no cumple con su obligación o no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. La característica propia del Código Civil es que, para caer en mora, salvo excepciones que establece el Artículo 1431 del Código Civil, es necesaria la interpelación o sea el requerimiento en forma judicial o por medio de un notario (Artículos 1428-1430 del Código Civil) En cambio en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sean exigibles. Así se adquiere el status moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.

El pago de intereses responde únicamente a la idea de que el deudor de una suma de dinero, por el hecho de no entregarla a su acreedor en el momento previsto, se beneficia de los productos de un capital que no le corresponde a él, sino a el acreedor y por ello debe compensar a éste abonándole el fruto del dinero. El interés representa, por tanto, una pura compensación por falta de disponibilidad del capital, con independencia de la causa, por la cual se ha producido esa falta de disponibilidad”.²⁰

²⁰ **Ibid**, pág. 149.

Al respecto de este mismo tema, el Código Civil establece que la mora del deudor genera daños y perjuicios que deben ser pagados al acreedor; pero ellos deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención (Artículos 1433 y 1434 del Código Civil). A nuestro juicio, y tal como lo ha reiterado la jurisprudencia, el Código Civil se orienta a obligar que se apruebe fehacientemente que esos daños y perjuicios se han causado o que necesariamente deban causarse, no siendo suficiente la simple reclamación o pretensión, a menos que se tratara de una cláusula indemnizatoria. En lo mercantil sucede lo contrario: hay un mandato para el deudor moroso de pagar daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, cuando la obligación tuviere por objeto una cosa cierta y determinada o determinable; daños y perjuicios que se cuantifican en relación al Interés legal sobre el precio pactado en el contrato; y a falta de éste, por el que tenga en la plaza el día del vencimiento; el de su cotización en bolsa si se trata de títulos de crédito; y defecto de lo anterior, el que fijen expertos. La ley presume en desmedro de una tradición jurídica que viene desde el derecho romano: las estipulaciones a favor del acreedor. Creo que esta norma tiene su fundamento, pero no debió formularse dejando a una de las partes completamente desguarnecida; debió seguirse la tónica del Código Civil, para que no resultara que este Código, calificado de conservador, viene a ser más protector que la prestación pecuniaria, el acreedor puede disponer que los daños y perjuicios sobrepasan la cantidad que representa el interés legal o las sumas que se hayan establecido; y, como consecuencia de ello, puede reclamar el excedente (Artículos 678-679). Estas disposiciones considero que deben modificarse, porque la normatividad en materia de obligaciones y contratos debe hacer realidad la igualdad ante la ley, y colocar a las partes contratantes en similar calidad subjetiva de derechos y obligaciones.

El Código de comercio establece en su Artículo 677 que en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente a aquél en que venzan o sean exigibles. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los títulos de crédito y las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario.

2.3.4 Derecho de retención

El tema de la retención no puede parangonarse en forma sistemática entre disposiciones del Código Civil y del Código de comercio. El derecho de retención aparece diseminado en todo el libro V del Código Civil. Por ejemplo, en el Artículo 1715 encontramos que el mandatario puede retener objetos que tenga en su poder como consecuencia del mandato, si el mandante no le paga las cantidades a que tiene derecho por indemnización y reembolso de gastos efectuados. En cambio, en la ley mercantil, la institución está sistematizada en la parte general que el Código dedica a las obligaciones, sin perjuicio de que aparezca también en algunos contratos en particular.

El derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor, que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla (Artículo 682 del Código de Comercio). De acuerdo a lo anterior, la retención funciona como una garantía a favor del acreedor que desea hacer efectiva la obligación. Pero como los bienes retenidos

siguen siendo propiedad del deudor, el acreedor debe velar por su conservación; por eso la ley le asigna a éste las obligaciones de un depositario; guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella; no registrar las cosas que se han entregado embaladas o selladas; avisar de cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir la cosa y de las medidas que deben tomarse para evitarlo; e indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufiere el deudor con relación a la cosa. (Artículo 1978 del Código Civil; 683 del Código de Comercio).

Conforme los Artículos 684, 685, 686 y 687 del Código de Comercio, el derecho de retención opera bajo el siguiente régimen:

- a) Cesa la retención si el deudor consigna la suma adeudada o la garantiza;
- b) La disposición (enajenación) que el deudor haga de los bienes retenidos, no afecta la retención;
- c) Cuando los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tiene derecho: a conservar los bienes con carácter de depositario judicial; a ser pagado preferentemente, si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que originó su cuenta; y, a ser pagado con prelación al embargante, si su relación de crédito es anterior a la de éste; y
- d) El acreedor que retiene pagará costas judiciales, daños y perjuicios, si no entabla la demanda dentro del término legal; o si se declara improcedente su demanda.

¿Cuál es ese término o plazo para entablar la demanda? La ley no lo dice y es una inexcusable omisión, porque entonces debe estarse a los términos de la prescripción de las obligaciones, a menos que cada contrato se pronuncie sobre este particular.

2.3.5. Nulidad de las obligaciones plurilaterales

Con relación al tema de la nulidad de las obligaciones y contratos mercantiles, no debemos olvidar que, aún cuando no se tratara de negocios jurídicos plurilaterales, el Juez debe ser cauteloso para declarar una nulidad de obligaciones mercantiles, basándose en los principios de verdad sabida y buena fe guardada que deben regir la conducta de los sujetos, ya que esa cautela le da confianza y seguridad al tráfico comercial. El fenómeno debe ser muy evidente para que genere la nulidad de un negocio mercantil.

Es criterio reiterado de la doctrina que en materia de obligaciones y contratos mercantiles los hechos de nulidad deben deducirse al máximo, en aras de la seguridad del tráfico comercial; sobre todo por su rapidez y poco formalismo. El Artículo 689 del Código de Comercio, se establece que la nulidad que afecte la obligación de una de las partes en un negocio plurilateral, no anula la totalidad del negocio jurídico, sino únicamente con relación a la parte que provocó la nulidad. Si observamos bien este artículo, detectamos que no se refiere a la nulidad de los contratos bilaterales. La nulidad de éstos se regiría por el Código Civil, conforme las directrices señaladas por su doctrina. ¿Por qué se singularizó a los plurilaterales?. Negocio jurídico plurilateral es

aquél en que los sujetos que intervienen no tienen intereses ni status jurídicos contrapuestos, como en el caso del contrato de sociedad. La verdad es que disposición de esta naturaleza no sería propia del Derecho Mercantil, porque también en el Código Civil está previsto el contrato de sociedad civil; pero, por la ausencia de una norma precisa en ese cuerpo legal, fue acertado incluirla en el Código de Comercio, por los contratos plurilaterales que se dan a su amparo, relacionados con la sociedad mercantil.

2.3.6. Calidad de las mercaderías

Cuando existe obligación de entregar mercaderías como consecuencia de un contrato, y no se estableció su especie o calidad. Esta previsión se encuentra en el Artículo 690 del Código de Comercio y se parangona con el artículo 1321 del Código Civil, de manera que no constituye una especialidad de las obligaciones mercantiles; aunque por la forma en que se da el comercio, el beneficiado con esta fórmula suele ser el comerciante, aunque no necesariamente.

2.3.7. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo

El Artículo 693 del Código de Comercio establece que en las obligaciones de tracto sucesivo (la compra venta por abono, por ejemplo), salvo pacto en contrario, la falta de un pago da por vencido el plazo de la obligación, y la hace exigible. Aun cuando en el Código Civil no exista una disposición similar en forma genérica, la previsión del Código de Comercio es especial, porque el Artículo 1836 del Código Civil, al referirse a la

compraventa de bienes muebles por abonos, ésta se resuelve por la falta de pago de cuatro o más mensualidades consecutivas. En el caso de los bienes muebles la ley civil no tiene ninguna previsión; y si no se trafican como mercaderías, se aplicaría por analogía la misma disposición del Código Civil. Así también, el Artículo 1940 de éste, da por terminado el contrato de arrendamiento cuando se dejan de pagar dos meses de renta, por lo menos.

2.3.8. Capitalización de intereses

Capitalizar intereses significa que cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto, acrecenta el capital; de manera que, a partir de la capitalización, de los intereses, estos aumentan porque se elevó la suma del capital. Este fenómeno (Artículo 691 del Código de Comercio) era conocido en el negocio bancario; pero el Código de Comercio lo extendió a todo tipo de obligación mercantil, siempre que así se pacte en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que cobran los bancos. La capitalización de intereses, duramente criticada por la doctrina, es uno de los aspectos negativos del actual Código de Comercio, porque va en contra de grandes masas de población que consumen bienes y servicios. Una futura revisión del Código de Comercio debiera suprimir esta especialidad. Contrariamente, el Artículo 1949 del Código Civil prohíbe la capitalización de intereses; permitiéndola únicamente en el negocio bancario”.²¹

²¹ Villegas Lara. **Ob.Cit**; pág. 1.

CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles

3.1. Etimología de la palabra contrato

El contrato significa pacto o convenio entre partes que se obligan sobre cosa determinada.

La palabra contrato etimológicamente es una voz semi culta, del latín contractus, literalmente contraído, del verbo contraho, ere, originalmente que significa juntar y en la aceptación contraer una deuda, un negocio.

En el diccionario de sinónimos nos damos cuenta de que es lo mismo a contrato, pacto, convención, acuerdo, compromiso, trato, estatuto, avenencia, tratado, formalidad, protocolo.

Y por convenio, ajuste concierto entre dos o más personas o entidades.

3.2. Concepto

Nuestra legislación no hace una diferencia clara con respecto a la legislación civil sin embargo existen debido a que el contrato mercantil busca adaptarse a las necesidades

del tráfico mercantil, que en ocasiones necesita soluciones distintas normalmente más ágiles y rápidas que el ámbito civil.

El Código Civil en el Artículo 1517 establece: Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación .

Un contrato mercantil es un acuerdo que tiene carácter comercial. Al ser un contrato, el acuerdo tiene que haber sido celebrado entre dos o más personas, y de él se derivan uno o más derechos u obligaciones.

Para que un contrato sea calificado de mercantil, debe versar sobre actos de comercio, definidos según las disposiciones del Código de Comercio.

“Contrato es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones reales o personales, es un acto jurídico plurilateral, porque en todo contrato hay una manifestación de voluntades que se llama jurídicamente consentimiento, es decir un concurso o acuerdo de dos o más voluntades, como todo acto jurídico, esta manifestación de voluntades tiene o se propone un objeto, que es el caso del contrato, crear o transmitir derechos y obligaciones y el contrato tiene los mismos elementos esenciales que el acto jurídico, que son la manifestación de voluntad animada de la intención de producir efectos de derecho, y el objeto que persigue esta manifestación de voluntad, que en el contrato consiste única y exclusivamente en crear o transmitir derechos y obligaciones, el tercer elemento, la norma jurídica ampara la manifestación de voluntad y reconoce los efectos deseados por los contratantes.

Dentro del concepto de contrato se ha discutido si exclusivamente se pueden crear o transmitir derechos y obligaciones de carácter patrimonial, o bien si se pueden crear derechos y obligaciones no patrimoniales”.²²

El Artículo 671 del Código de Comercio establece: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan se surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.

Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo, con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

3.2.1. Diferencias entre convenio y contrato

Rafael Rojina Villegas, nos dice que: “El convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa, que trata de modificarlos o extinguirlos”.²³

Por consiguiente se distingue el contrato del convenio, tomando en cuenta que para el contrato se le asigna una función positiva, es decir la creación y transmisión de

²² <http://html.rincondelvago.com/contratación-mercantil.html>

²³ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**, pág. 46.

derechos y obligaciones, y para el convenio se le da una función negativa, la de modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Esta distinción tiene su antecedente en el Código Civil francés que distingue a la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

Dicho Artículo distingue el contrato de la convención, el contrato es un acuerdo de voluntades cuyo objeto es dar nacimiento a una obligación.

Por otra parte, hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no sólo da nacimiento a obligaciones y a derechos, sino también puede crear o transmitir derechos reales (Artículos 1790 y 1942 del Código Civil) como ocurre en el contrato de mutuo y en el de compraventa.

Mientras que convención es todo acuerdo de voluntad sobre un objeto de interés jurídico, la convención puede tener por objeto no sólo crear obligaciones, sino también su transmisión, modificación o extinción.

3.2.2. Elementos del contrato

Estableciendo que el contrato es un acto jurídico plurilateral, los elementos, según Castan Tobeñas son:

- La existencia de un acto
- Existencia de una o varias declaraciones de voluntad
- Un querer dirigido o provocar consecuencias jurídicas.

Podemos decir que son elementos esenciales del negocio jurídico, según el Artículo 1251 del Código Civil: La capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

Sin embargo el Artículo 671 del Código de Comercio establece: los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.

A su vez el convenio en sentido estricto es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto modificar o extinguir obligaciones y derechos.

3.3. Características de los contratos

La teoría general del contrato no difiere diametralmente entre el campo civil y el mercantil; de manera que los conceptos fundamentales son aplicables a este tema. Por este motivo es que los autores no desarrollan una teoría general del contrato mercantil; lo que se hace es señalar aquellas características especiales de los contratos

mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones objetivas que, como antes hemos señalado, se producen en masa, con celeridad, con reducidos formalismos, los que casi no se observa en la contratación civil.

Al hablar de las fuentes del derecho mercantil, dijimos que el contrato es considerado como fuente del Derecho aunque no de carácter general, porque es ley únicamente entre las partes que lo celebran. El contrato, como acto jurídico, constituye el medio para que se dé el movimiento en el tráfico comercial; y aun cuando las obligaciones mercantiles no necesariamente devienen de él, sigue siendo una categoría para el surgimiento de obligaciones de origen contractual.

Al tratar de establecer las especialidades que el derecho guatemalteco le asigna a los contratos mercantiles o a las formas de contratar, vamos a resaltar esas características propias, deducidas del mismo contexto de la ley. Pero antes, es necesario que recordemos el Artículo 1517 del Código Civil, que dice:

“Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

3.3.1. La representación para contratar

El Artículo 670 del Código de Comercio establece: Representación aparente: Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su

representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe.

En el derecho mercantil funciona lo que se llama la representación aparente, o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil. Esta singularidad del campo mercantil no resulta difícil entender esta característica de la contratación mercantil: un agente vendedor llega a una tienda y realiza un negocio de suministro de mercadería en nombre del principal; éste envía la primera remesa o realiza otro acto que denota el conocimiento que tiene de lo que en su nombre realiza el agente viajero. Si el principal comerciante quisiera incumplir sus obligaciones de suministro, alegando que el agente viajero no tenía mandato para representarlo, su argumento carecería de fundamento porque en este caso se dio la representación aparente, o sea, representar a otro sin mayores formalidades, siempre y cuando, expresa o tácitamente, se de la confirmación por parte del representado. Esta particularidad en el surgimiento del contrato mercantil se encuentra en el Artículo 670 del Código de Comercio.

3.3.2. La forma del contrato mercantil

En el campo civil (Artículo 1574 del Código Civil), las personas pueden contratar y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente. En el campo mercantil (Artículo 671 del Código de Comercio), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que

sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse. Cuando el contrato se celebre en Guatemala y sus efectos surtan efectos aquí, debe usarse el idioma español, en concordancia con las leyes fundamentales de la República. Esta libertad en el uso de la forma tiene sus excepciones, pues hay contratos en que si se exige una solemnidad determinada, tal es el caso del contrato de fideicomiso y el de sociedad, para citar dos ejemplos, los que deben celebrarse en escritura pública.

El Artículo 671 del Código de Comercio establece: Los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.

Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.

Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

3.3.3. Libertad de contratación

El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida ésta como el desiderátum de las personas para hacer o no hacer lo que la ley permite. Ninguna persona está obligada a celebrar contrato. En este sentido el Artículo

681 del Código de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho.

Lo que a mi juicio pretende la ley, es lo siguiente: si una persona habilita una empresa fabril o de intermediación para ofrecer al público bienes o servicios, ella tiene libertad jurídica para decidir si contrata o no con una persona determinada. Ahora bien, se dan casos en que por prejuicios de variada índole un comerciante puede decidir que no contrata o negocia son sujetos de determinada religión, raza o situación económica.

¿Podría fundamentarse esa conducta en la libertad de contratación? No, porque ello sería un acto ilícito y un abuso de derecho. Además, recordaremos que puede darse comercios únicos para proveer un bien o un servicio – un monopolio-, colocados en posición de privilegio. El comerciante en tal caso, cometería un abuso de derecho si se negara a contratar, porque bien lo dice el dictamen del anteproyecto del Código de Comercio: “Si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, éste tampoco debe poder elegir su clientela”.

El Artículo 681 del Código de Comercio establece: Libertad de Contratación: Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho.

3.3.4. Contratante definitivo

El Artículo 692 del Código de Comercio establece: contratante definitivo: al celebrarse un contrato, una parte puede reservarse la facultad de designar, dentro de un plazo no superior de tres días, salvo pacto en contrario, el nombre de la persona que será considerada como contratante definitivo.

La validez de esta designación depende de la aceptación efectiva de dicha persona, o de la existencia de una representación suficiente. Si transcurrido el plazo legal o convenido no se hubiere hecho la designación del contratante, o si hecha no fuere válida, el contrato producirá sus efectos entre los contratantes primitivos.

El Artículo citado anteriormente trae una particularidad del contrato mercantil; y que puede darse debido al poco formalismo del tráfico comercial. Cuando se celebra un contrato se debe saber de antemano quiénes son las personas que lo van a concertar. Al fin y al cabo, el mismo concepto de contrato que da el Código Civil así lo insinúa. Pero en el mundo de comercio puede suceder otra cosa: una persona contrata con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quién será la persona que resultará como contratante definitivo. Esta designación, para que surta efectos y vincule al designado, depende de que efectivamente éste acepte el contrato en forma personal o por medio de representante debidamente acreditado. ¿Qué sucedería si el designado no se vincula al contrato? que el contratante original

deviene en contratante nato. Donde más se configura este caso es en el contrato de transporte de cosas, cuando la documentación permite sustituir al consignatario.

3.4. Clasificación de los contratos

3.4.1. Contratos bilaterales y unilaterales

Contratos bilaterales son aquéllos en que las partes se obligan en forma recíproca (compraventa, suministro, seguro, etc); y unilaterales aquéllos en que la obligación recae únicamente en una de las partes contratantes (donación pura y simple, mandato gratuito).

3.4.2. Onerosos y gratuitos

Contrato oneroso es aquél en que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación. Es decir, ante una obligación se tiene un derecho, aunque no sean equivalentes las prestaciones. En cambio, los contratos gratuitos se fundan en la liberalidad: se da algo por nada. Obviamente en el derecho mercantil no hay gratuitos porque la onerosidad es principio de este derecho.

3.4.3. Nominados e innominados

El contrato, sustantivamente tiene un nombre. Una nominación. Este nombre se lo puede dar la ley –nominación legal-- o la práctica – nominación social --. Si un contrato

tiene un nombre proveniente de una ley o las costumbres de los comerciantes, es nominado; en caso contrario, innominado, que significa sin nombre.

3.4.4. Principales y accesorios

Cuando un contrato surte efectos por sí mismo, sin recurrir a otro, es principal. Si los efectos jurídicos de un contrato dependen de la existencia de otro, es accesorio.

3.4.5. Conmutativos o aleatorios

Nuestra ley sigue la corriente de programar esta clasificación como una subdivisión de los onerosos; de manera que hay oneroso conmutativo y oneroso aleatorio. El contrato conmutativo es aquél en que las partes están sabidas desde que se celebra el contrato, cuál es la naturaleza y alcance de sus prestaciones (obligaciones), de manera que aprecian desde el momento contractual el beneficio o la pérdida que les causa o les podría causar el negocio. En cambio, el contrato es aleatorio cuando las prestaciones dependen de un acontecimiento futuro e incierto que determina la pérdida o ganancia para las partes (el contrato de seguro, por ejemplo).

3.4.6. Típicos y atípicos

Un contrato es típico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales: aparece en el listado que da la ley. Es atípico –sin atipicidad – cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente.

3.4.7. Formales o solemnes y no formales

Al estudiar la forma contractual, hemos dicho que el derecho mercantil se caracteriza por su poco formalismo. Entonces, esta clasificación tiene mucho sentido en el tráfico comercial porque en él, cualquier forma de contratar, salvo casos expresos de la ley (el de sociedad, fideicomiso, etc.), tiene validez y vincula a las partes. El contrato es formal cuando ella hace nacer el vínculo; la ausencia de la formalidad anula el contrato. El contrato es no formal, cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto último es la regla en el derecho mercantil. La forma puede ser adprobationem o ad-solemnitatem. En el primer caso la forma sirve de prueba para establecer la existencia del contrato, pero su ausencia puede suplirse por otros medios; en cambio, en el segundo, ad-solemnitatem, la ausencia produce la nulidad absoluta de contrato (acto nulo), aunque a nuestro juicio, sería más propio considerar la omisión de la solemnidad como un caso de inexistencia del acto contractual.

3.4.8. Condicionales y absolutos

Un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria; y es absoluto, cuando su eficacia no está sometida a una condición.

3.4.9 Instantáneos y sucesivos

Cuando un contrato se consuma o cumple de una vez en el tiempo, se clasifica como instantáneo. Ahora bien, si las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o plazo que se prolongue después de celebrado el contrato, se le llama sucesivo o de tracto- sucesivo".²⁴

²⁴ Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 8.

CAPÍTULO IV

4. La tarjeta de crédito

4.1. Antecedentes históricos

La información más inmediata sobre la creación y uso de las tarjetas de fines de siglo pasado: y consiste en que, en Europa, un grupo de propietarios de hoteles, inventaron un sistema mediante el cual otorgaban crédito a clientes importantes (personas de la nobleza, funcionarios gubernamentales y directores de grandes empresas) para que esos hoteles se les otorgara crédito por el hospedaje y los alimentos; mediante este procedimiento se expedía una tarjeta al cliente importante, en el que se señalaba que el tenedor de la misma, era una persona solvente.

El cliente firmaba las facturas o recibos por el hospedaje y los consumos, documentos que posteriormente eran enviados por correo a sus oficinas o domicilio y, a la vez, por medio del mismo correo, se cubría su importe.

Este procedimiento, tenía reminiscencias de los mismos motivos por los que se inventó la letra de cambio y el contrato de cambio trayectivo, es decir, evitar la posibilidad de robos y pérdidas para las personas que por razones de trabajo o de protocolo, tenían necesidad de realizar frecuentes viajes por diferentes ciudades y no tuvieran que transportar con ellos, grandes sumas de dinero en efectivo.

Un antecedente más concreto se presentó en los Estados Unidos de Norteamérica, en la década de 1920: algunas compañías petroleras tomando en consideración el volumen de ventas que tenían en diversas ciudades del territorio de los Estados Unidos, idearon la posibilidad de extender a sus clientes una tarjeta de identificación en la cual constaba una serie de datos del usuario: el límite hasta por el cual podían utilizar la tarjeta o aunado a esto la posibilidad de firmar las facturas o notas de ventas.

No obstante lo atractivo de esta práctica, parece ser que no tuvo mucho éxito durante décadas. Asimismo, algunas tiendas importantes o cadenas de tiendas, emitieron a sus clientes tarjetas de identificación en las que estaban impresos una serie de datos y cifras, conjuntamente con la firma del cliente y el límite hasta por el cual se utilizarían. Era una época en la que no existían los sistemas de computación modernos, ni los detectores magnéticos que ahora llevan codificada dicha información en las tarjetas.

En México, los primeros establecimientos comerciales de venta al público que utilizaron las tarjetas de crédito en la década de los años cincuenta y antes de que las utilizarán los bancos fueron: El puerto de Veracruz, S.A., El puerto de Liverpool, S.A., el Palacio de Hierro, S. A., y High Life.

Posteriormente funcionaron tarjetas de compañías de aviación con el nombre de Credi-Mexicana. Igualmente el uso de tarjetas de crédito para compra de bienes y utilización de servicios no vendidos ni proporcionados directamente por el expedidor de la tarjeta, se utilizó por la entonces denominada Club202, S. A. (posteriormente Diner's Club,

S.A). la que tuvo en sus inicios un reducido número de tarjetahabiente y también de establecimientos afiliados.

En los Estados Unidos, la tarjeta bancaria, se introdujo y tuvo auge y operación, a partir del año de 1948.

Los primeros bancos que utilizaron este instrumento de crédito fueron en California, el First Nacional Bank de San José y en Nueva York, el Franklin Nationale Bank, de Long Islan.

Para el año de 1955 alrededor de ochenta y cinco bancos en los Estados Unidos ya tenían en operación la tarjeta de crédito.

Para 1959, eran doscientos los bancos que tenían este instrumento. Paralelamente se desarrollaron compañías privadas que también operaban la tarjeta de crédito, como la Diner's Club Inc. y la American Express Company, quienes extendieron su red a prácticamente todos los países del mundo, inclusive a los del área socialista. Sobre todo la última de ellas, y estableciendo sus sistemas de mercado y ventas en forma tan agresiva, que por ejemplo en el estado de Illinois se pueden pagar los impuestos con tarjetas de crédito y hasta las multas por infracción de tránsito en otros estados.

En un principio, los bancos sufrieron innumerables e importantes quebrantos propiciados en primer lugar, por el desconocimiento de una mecánica adecuada para el otorgamiento y control de los créditos. El robo de tarjetas y su utilización fraudulenta,

trajo como consecuencia la introducción de sistemas más sofisticados y modernos de computación, registro mecánico y electrónico, que mejoró la seguridad en el manejo de las tarjetas de crédito.

Al inicio de la década de los años sesenta, gran número de bancos de los Estados Unidos, consideraron la necesidad de introducir este servicio, mediante su operación sindicada o en grupo y se organizaron en asociaciones, confederaciones, etc.; algunas en torno al Bank Americard y otras, como en 1964, que se unieron en una asociación y que fueron el Wells Fargo Bank, el United California Bank, el Bank of California y el Broker Citizens an Trust Bank, creando la primera central de servicio de tarjetas de crédito, que en sus orígenes se llamo: "California Bank Card Association" y emitieron la tarjeta denominada "Master Charge", que tuvo un crecimiento impresionante.

Otros bancos observaron esta experiencia y formaron una confederación llamada "Inter Bank Card Association", que utilizó un logotipo con la "I". Esta confederación se creó en agosto de 1966.

Para el año de 1968, se definió una tendencia clara para configurar las dos más importantes federaciones que son la Inter Bank Card y la Bank Americard y, posteriormente, nació otra con el nombre de Visa.

La práctica en los Estados Unidos trascendió a otros países evidentemente, y en Europa hacia el año de 1954, comenzó a utilizarse la tarjeta de crédito.

En Inglaterra la estableció la Barclay's Bank; en Francia, la bank; en Francia, la Banca Rothschild y la llamada Carte Blanche, utilizada por seis de los más grandes bancos franceses.

Después la tarjeta de crédito es utilizada en casi todo el mundo: en Latinoamérica, en Asia, etc. Uno de los instrumentos mediante los que más se usa modernamente el crédito, es la tarjeta de crédito, que ha propiciado la comercialización más profusa de bienes y servicios en los últimos años, en virtud de las facilidades y comodidades que ofrece para su utilización, y que según algunos autores, ha venido a desplazar en forma importante al uso del numerario en moneda y billetes, así como de los cheques: aún cuando no se ha llegado a lo que señalan ciertos pensadores como una posibilidad del futuro, la Cashles Society (la sociedad sin dinero en efectivo).

En lo que se refiere a nuestra legislación, ni el Código de Comercio de 1877, ni el de 1942 tenían dentro de su articulado aspectos relacionados con la tarjeta de Crédito, este instituto surge en nuestra sociedad con la vigencia del actual Código de Comercio contenido en el Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala publicado en el diario oficial en el período comprendido del día veintidós al día treinta, ambas fechas del mes de abril del año 1970, en donde en su artículo 757 regula lo referente a la tarjeta de crédito, dentro de la sección sexta, capítulo cuatro, título dos, del libro cuatro que se refiere a las obligaciones y contratos mercantiles.

A partir de dicha época hasta nuestros días han surgido una diversidad de entidades mercantiles que por si solas, o bien por medio de instituciones bancarias y crediticias

han puesto en circulación dentro del tráfico mercantil guatemalteco múltiples tarjetas de crédito, para su uso en varias negociaciones mercantiles, como hasta para retirar determinadas sumas de dinero en efectivo.

Al efecto y poder hacer uso de una tarjeta de crédito, el usuario debe afiliarse a la entidad mercantil correspondiente, firmando el contrato de afiliación que la misma le presenta ya elaborado e impreso, y así el usuario o afiliado posterior solo se adhiera a las estipulaciones establecidas por la entidad crediticia respectiva, dentro de la cual el afiliado deberá pagar: El importe de lo consumido, un monto mensual por el manejo de su cuenta, el importe de los intereses calculados por el monto de lo consumido mensualmente, el incremento a su capital de los intereses moratorios, los cuáles se conviertan en nuevo capital a favor de la entidad crediticia y en contra del afiliado, ya deudor.

4.2. Concepto de tarjeta de crédito

“En el derecho comercial y de la empresa al hablar de la tarjeta de crédito, se afirma que su concepto deriva de su funcionamiento: -contrato comercial- por el cual una empresa especializada (bancaria o financiera) conviene con otra (el cliente) en la apertura de determinado crédito, para que éste, exhibiendo el instrumento creditorio que se le provee (tarjeta de crédito) y acreditando su identidad, adquiera cosas u obtenga la prestación de un cierto servicio en los comercios que se le indican. A su vez, la empresa especializada tiene convenido con los comercios donde el cliente efectúa la adquisición o requiere el servicio, en cobrarle una comisión por toda operación que

efectúe con el cliente. El cliente, a su vez, tiene una cuenta con la empresa especializada, por un importe determinado y que generalmente debe pagar por anticipado, de la cual se deduce lo que ha adquirido o recibido por el servicio. Se discrepa sobre la naturaleza jurídica: es una especie dentro del género corretaje; se asimila a la asunción de deuda; es un contrato de crédito especial, con naturaleza propia”.²⁵

La tarjeta de crédito no es privativa de la actividad bancaria. Es pertinente aclarar desde ahora, que la tarjeta de crédito no es un instrumento que esté reservado exclusivamente para su operación a través de los bancos, ya que está utilizada tanto para establecimientos comerciales, como por otros comerciantes que hacen de ella el objeto principal de su negocio.

El Código de Comercio en su Artículo 757 establece la tarjeta de crédito, pero no nos da un concepto de la misma, solo se limita a indicar los requisitos que debe contener.

Para José Alberto Garrone la Tarjeta de Crédito, es un sistema internacional, más de prestación de servicios que de venta de créditos, es un sistema de pago.

Nace en la década de los años cincuenta (Dinner's Club; Carte Blanche, Citycard, American Express) y tiende a facilitar el pago y evitar la portación de efectivo,

²⁵ Argeri, Saúl. **Diccionario de derecho comercial y de la empresa**, pág. 374.

mediante la exhibición de un carnet (en todo tipo de negocio minorista o comercio adherido), con lo que se facilita la operación”.

4.3. Naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito

4.3.1. La tarjeta de crédito no es un contrato

La tarjeta de crédito no es un contrato ni instrumento jurídico asimilable pues no crea, modifica ni extingue obligaciones. La tarjeta es un mero elemento de identificación que funciona entre los contratantes que intervienen en un sistema de tarjeta de crédito, y su existencia, valor identificatorio y otras funciones provienen del contrato subyacente entre el emisor y el usuario.

En otras palabras, la tarjeta no es un contrato sino el efecto de un contrato.

Desde el punto de vista formal, la tarjeta no puede ser un contrato porque nada estipula por sí misma ni su mera existencia genera obligaciones entre partes.

Desde el punto de vista sustancial debe remarcarse que un contrato es causa de efectos jurídicos. La tarjeta no es causa de efecto jurídico alguno sino todo lo contrario: la tarjeta es un efecto de un contrato que existe previamente entre emisor y usuario, contrato que le da origen y funciones al emitírsela y establecer las reglas de uso. Más aún, la tarjeta no vale por sí misma sino que vale en la medida en que exista el contrato.

Si la tarjeta es efecto no puede ser causa, porque nada es efecto y causa simultáneamente. Por consiguiente, si la tarjeta no es causa jurídica no puede ser un contrato.

Este razonamiento abstracto se refleja fielmente en el acto de emisión de la tarjeta. La tarjeta se emite por la entidad que ejerce el rol emisor en cumplimiento del contrato estipulado previamente con el cliente usuario. Tal contrato implica la admisión del usuario al sistema, la apertura de la cuenta corriente mercantil sobre la cual operará, la emisión a su nombre de la tarjeta de crédito y las condiciones de operación y uso.

El hecho de ser la tarjeta un efecto de un contrato implica una diferencia sustancial por sus consecuencias. Por no ser contrato la tarjeta de crédito no puede ser instrumento de crédito alguno, ya que toda facilidad de crédito o financiera de cualquier índole tiene estructura contractual.

En síntesis, la mera tarjeta de crédito considerada sin el contrato por el cual se emite no permite reclamar derechos ni cumplir obligaciones; porque no contiene en sí misma elemento alguno que sustente tales pretensiones.

4.3.2. La tarjeta de crédito no es un título de crédito

Razonamientos similares a los expuestos al considerar el contrato pueden expresarse acerca de su consideración como título.

Un título es un instrumento legal o contractual que se vale por sí mismo, pues incorpora en su propia materialidad su valor económico y su valor jurídico. Ello comprende el derecho de reclamar el pago del valor del título, o la contraprestación de que se trate, por la sola propiedad de su titular sin necesidad de exhibir otra causa de validez. Esto permite que el título pueda circular, ya que sus características le otorgan un valor intrínseco e independiente que puede intercambiarse por valores o darse en pago de otras obligaciones. No ocurre esto con la tarjeta de crédito pues ésta necesita como condición ineludible de validez estar soportada por el contrato por el cual se emite.

Adicionalmente, el contrato de emisión generalmente otorga al emisor facultades para suspender o anular la tarjeta a su criterio, lo cual es incompatible con la naturaleza de un título. Asimismo, la tarjeta tiene plazo de caducidad de uno o dos años en general y es renovable automáticamente, lo que implica otra incompatibilidad con la naturaleza de un título. Además la tarjeta no puede circular porque, excepto el ínfimo valor de su material, carece de valor material, carece de valor económico intrínseco que pueda intercambiarse por otros valores de cualquier especie.

Por último, la tarjeta de crédito no pertenece en propiedad al usuario. Es incorrecto decir que el usuario es un “tarjetahabiente” porque los contratos de emisión no confieren el haber de la tarjeta. Éstos confieren, por necesidades propias de tipo crediticio y operativo, la propiedad de la tarjeta a su emisor. Puede haber variantes y en algún sistema el propietario puede ser el administrador, pero nunca es el usuario, el cual es un mero tenedor. Prueba de ello es que en la reposición de una tarjeta sustraída o extraviada suele cobrarse al usuario el valor de su material. De modo que el usuario

no podría reclamar para sí el cumplimiento de supuestos derechos incorporados en la tarjeta cuando no ejerce el derecho de propiedad sobre ella.

4.3.3. Naturaleza jurídica: efecto de un contrato

Al existir tantas dificultades de hecho y de derecho para definir a la tarjeta de crédito como contrato o como título cabe preguntarse cuál es su naturaleza jurídica. La respuesta está implícita en los razonamientos ya expuestos.

La tarjeta de crédito no es causa jurídica, es decir, no genera derechos ni obligaciones sino que es en sí un efecto o consecuencia jurídica cuya causa es un contrato. La emisión de la tarjeta de crédito y su entrega al cliente usuario evidencian la ejecución o cumplimiento del contrato entre el usuario y el emisor. Este contrato es el que genera derechos y obligaciones del usuario y emisor.

Por lo dicho, el valor de la tarjeta no es jurídico sino meramente operativo. La tarjeta sirve para identificar rápida y sencillamente a quien ha sido incorporado como usuario a un sistema de tarjeta de crédito mediante un contrato con el emisor de la tarjeta.

4.3.4. Carácter prescindible de la tarjeta de crédito

El mencionado valor operativo de la tarjeta es muy importante por su funcionalidad, pero no es parte de la definición esencial del sistema de tarjeta de crédito. Todas las funciones que tienen lugar en un sistema pueden cumplirse sin la existencia de la

tarjeta. En realidad, la tarjeta de crédito es prescindible. Esta afirmación es correcta tanto conceptualmente como en la experiencia práctica de la realidad diaria.

Conceptualmente el sistema de tarjeta de crédito opera perfectamente con su estructura legal. La estructura es un conjunto sistematizado de contratos integrados por tres subconjuntos: la organización central, el grupo de usuarios y el grupo de establecimientos adheridos. La tarjeta de crédito no forma parte de ninguno de los subconjuntos que integran la estructura del sistema, por lo que su ausencia no impide que el sistema opere.

Esto es demostrable con un ejemplo hipotético extremo pero válido. Un sistema de tarjeta de crédito puede funcionar perfectamente sin que se emita una tarjeta. Para que el usuario y establecimiento puedan operar en tal sistema, el primero tendría que demostrar que es un cliente contractualmente incorporado y titular de una cuenta corriente mercantil. En caso contrario el establecimiento no tendría la certeza de poder cursar válidamente la operación. Para ofrecer tal certeza de poder cursar válidamente la operación. Para ofrecer tal certeza el usuario debería exhibir documentación fehaciente, como por ejemplo original del contrato firmado con certificación por escribano (notario), más constancia fehaciente de que la cuenta está vigente y operativa. Con tales evidencias el establecimiento no tendría reparos en operar con el usuario y en cursar la operación por el sistema.

Si bien el ejemplo es conceptualmente válido, sería impracticable por sus elevados costos y complicaciones operativas. Para sustituir la documentación el sistema ha creado la tarjeta, que identifica a su usuario como un cliente debidamente incorporado.

La práctica de la realidad diaria confirma la prescindibilidad de la tarjeta de crédito. De hecho, numerosas operaciones comerciales que se cursan en el sistema vía correo electrónico o e-mail, el comercio electrónico vía Internet, el transponder o tag u otros medios se efectúan y cumplen sin el uso de la tarjeta. Tampoco se usa la tarjeta en las muy numerosas y expandidas operaciones de débito automático.

4.4. Funciones identificatoria, operativa, simbólica y económica

El modo de definir la tarjeta de crédito y evidenciar su valor y utilidad es describir sus múltiples funciones, que pueden resumirse en las cuatro mencionadas en el subtítulo anterior.

4.4.1. Función identificatoria

La función identificatoria de la tarjeta se describe parcialmente en el punto anterior al enunciar su naturaleza como efecto de un contrato.

La tarjeta de crédito reúne los datos básicos con los que los participantes en el sistema, como establecimientos, emisores o administradores, identifican a los clientes usuarios: nombre, código, numérico individual y plazo de vigencia. Sólo con estos datos el

sistema puede operar. Más aún, debe destacarse que sólo los datos son importantes y no la tarjeta, ya que éstos permiten al usuario operar en numerosos casos sin necesidad de usar materialmente la tarjeta.

Con la evolución de la técnica se les han agregado a las tarjetas otros elementos identificadores, especialmente para dotarlas de mayor protección contra el fraude, como códigos de seguridad, grabados especiales, hologramas, fotos u otros elementos de difícil imitación o reproducción.

Asimismo, las tarjetas contienen una banda magnética adherida a su dorso que contiene la reproducción de los datos mencionados más otros que, decodificados por una terminal lectora comunicada con el computador central del sistema, identifican al usuario, su tarjeta y estado de vigencia, su cuenta y los datos de seguridad con el fin de cursar operaciones en forma directa entre el establecimiento y el sistema. Esto es posible mediante lo que en el mercado se conoce como P.O.S (point of sale), que consiste en terminales de computación instalada en el local del establecimiento adherido y conectadas por red telefónica al computador central del emisor o administrador del sistema del que se trate.

Point of sale (P.O.S.) se admite que, además de las funciones de identificación y validación, se transmitan los datos de la operación de que se trate, como por ejemplo identificación del establecimiento, importe de la operación y número de ésta. De ese modo, la operación se cursa en forma inmediata y directa al computador del sistema, el

cual registra automáticamente en las respectivas cuentas corrientes mercantiles del usuario y del establecimiento intervinientes.

Asimismo, la banda magnética sirve para almacenar otras clases de datos necesarios para fines diversos, como por ejemplo operar en cajeros automáticos, apertura automática de puertas y en general dispositivos que funcionan sobre la base de lectoras de soporte magnético.

Existen también tipos de tarjetas a los cuales, en lugar de banda magnética, se les incorpora un chip, elemento informático de diminutas dimensiones que consiste en un almacén de datos, un procesador de datos y un sistema operativo que vincula a ambos elementos. Las tarjetas que contienen chips son en general las denominadas “tarjetas de débito”, “smart cards” o “tarjetas inteligentes”. El chip cumple una función similar a la banda magnética pero con mayores prestaciones, ya que puede ser interactivo con la terminal lectora y sus datos pueden modificarse, disminuirse o aumentarse.

Las propiedades de la banda magnética y el chip han dado motivo a que en doctrina, jurisprudencia y legislación se describa imaginativamente a la tarjeta de crédito como un medio electrónico capaz de producir transferencias de dinero y de información. Incluso se han hecho referencias a la tarjeta de crédito como “dinero electrónico”. Esto es erróneo y para confirmarlo solo basta reparar en que la tarjeta, incluyendo su banda magnética o el chip, es sólo un recipiente de los datos que se le incorporan. Pero tales datos no se transfieren por la tarjeta sino por medios tecnológicos lectores y transmisores que son ajenos a ella.

Obviamente, el dinero tampoco se transfiere sino que se ordenan movimientos de cuenta correlativos. Éstos pueden efectuarse con diferencias de tiempo o en forma inmediata, según que el medio de transmisión sea el mero transporte físico en tiempo diferido (off line o tiempo real).

Adicionalmente, debe tenerse presente que la función identificadora de la tarjeta de crédito no es esencial ni es condición imprescindible para operar. Existen numerosas operaciones que se cursan por el sistema sin utilización material de la tarjeta, bastando para ello el nombre del usuario (en algunos casos pueden solicitarse otros datos, como número de documento y datos filiatorios), el código numérico y eventualmente el código de seguridad. Pueden citarse como ejemplos las operaciones que se cursan telefónicamente, por correo, por catálogo publicitario de productos, las operaciones de débito automático, las que se comunican vía informática y toda otra forma de comunicación remota.

Ello reafirma el carácter prescindible de la tarjeta en el sistema, aun con referencia a su función de identificación.

4.4.2. Función operativa

La tarjeta de crédito interviene como un elemento facilitador de las operaciones que se cursan por el sistema. Mediante ella el usuario y el establecimiento se reconocen, llevan a cabo las operaciones deseadas, se emiten los cupones por medio de los cuales se

comunica la operación al sistema, o se operan las terminales de computación que cursan directamente la operación.

La función operativa de la tarjeta se evidencia primeramente en la forma en que opera un sistema de tarjeta de crédito. Los ingresos básicos que produce el negocio del sistema se componen esencialmente de los aranceles de emisión de tarjeta que percibe la entidad que ejerce el rol emisor y los aranceles de operación de establecimientos que percibe la entidad que ejerce el rol pagador.

Para ampliar y racionalizar la utilización de la tarjeta en diferentes sistemas y medios, existe un tácito acuerdo universal por el cual todas las tarjetas se confeccionan con el mismo material, dimensiones, formato, resistencia y textura.

Simultáneamente, la función operativa de la tarjeta ofrece seguridad y comodidad al usuario, pues al operar con ella evita la necesidad de transportar sumas de dinero; la tarjeta lo exime de planificar previamente una operación para contar con los fondos necesarios; es un recurso temporario para casos de necesidad inminente o imprevista, como accidentes, enfermedades, incidentes durante un viaje; permite mantener fácilmente un registro de gastos, y acumular pagos en una fecha única, y ofrece los beneficios adicionales.

Los factores de comodidad y seguridad inherentes a la función operativa de la tarjeta con los valores que básicamente buscan las personas que desean incorporarse como usuarios al sistema.

4.4.3. Función simbólica

La función simbólica de la tarjeta de crédito está dada por la relevancia emocional que tiene para el usuario, para el establecimiento y para la comunidad.

Esta función es un factor adicional a los de la función operativa y se agrega a los valores básicos que buscan quienes desean incorporarse como usuarios o como establecimientos al sistema.

En realidad, la función simbólica es un dato concreto y objetivo en las estrategias de comercialización de la tarjeta de crédito y es muy importante para explicar su razón de ser y su éxito comercial. Tanta es su importancia que en numerosos casos tiene mayor peso que los factores de comodidad y seguridad en la decisión de una persona que desea incorporarse al sistema como usuario.

La función simbólica está ligada al aspecto psicológico de las personas en cuanto consumidores de productos masivos. Se relaciona con dos valores que, en mayor o menor grado o en forma legítima o ilegítima, todas las personas buscan naturalmente en la vida: la necesidad de diferenciarse de los demás y la necesidad de ejercer una cuota de poder.

Con relación a la necesidad de diferenciarse, la tarjeta de crédito es en general, tanto para su usuario como para quien considera obtenerla, algo más que un dispositivo que le brinda seguridad y comodidad en sus actividades de consumidor. La tarjeta de

crédito es también, tácitamente, un elemento que brinda la sensación de sentirse diferente, de haber sido elegido para integrar un grupo distinto del de la generalidad de las personas.

Este sentimiento se origina en el hecho de que para obtener una tarjeta generalmente se requiere disponer de un adecuado nivel de ingresos y de características sociológicas previamente determinadas, cualidades que son evaluadas crediticiamente por el emisor como condición de admisión del postulante a usuario.

En la actualidad el precio y los requisitos crediticios han disminuido debido a la expansión del producto y a la fuerte competencia existente en el mercado. Por las mismas razones, las técnicas han avanzado en forma sustancial en cuanto a la racionalización de costos, promoción, distribución, evaluación crediticia y seguridad frente al fraude. Ello ha disminuido los riesgos del negocio y, por consiguiente, disminuyeron las exigencias de selectividad en la incorporación de usuarios y establecimientos. En síntesis, la tarjeta es un producto popular de consumo masivo.

Ciertamente, estos requisitos eran de mayor exigencia en el pasado cercano, cuando la tarjeta de crédito no estaba tan difundida popularmente como en la actualidad. Correlativamente, el menor desarrollo de las técnicas de comercialización, evaluación y administración hacía que el producto fuera más peligroso crediticiamente, debido al mayor riesgo de fraudes y morosidad. Ello obligaba a que el precio del producto fuera

más alto, su uso más restringido a establecimientos de alto nivel y los potenciales usuarios se seleccionaran con mayor rigurosidad.

No obstante, el sentido de alta selectividad quedó en la opinión pública asociado al producto como una suerte de herencia. Más aún, es un valor que los usuarios de altos niveles de ingreso privilegian y desean conservar. A ello debe agregarse que, aunque el riesgo del negocio ha disminuido, siempre existe un nivel mínimo de selectividad dado por la característica del producto: el usuario de tarjeta debe demostrar un grado de credibilidad suficiente para que una organización comercial le ofrezca operar en un sistema que le permite obtener bienes y servicios antes de pagar.

Las empresas de tarjeta de crédito no ignoran el sentimiento de los usuarios, especialmente de los que más consumen, de tener en la tarjeta de crédito un elemento diferenciador. Por ello dirigen sus técnicas de comercialización a afianzar tal sentimiento.

Los esfuerzos de publicidad y promoción en general ponen énfasis en el concepto de ser parte de un grupo de elegidos. Asimismo, frente a la suerte de “desgaste” que con el tiempo sufrió la selectividad de la tarjeta de crédito básica, los esfuerzos comerciales de las empresas han logrado mantener nuevos productos adaptables a indicadores de mayor nivel social y exigencia, como por ejemplo la conocidas “tarjetas doradas”, “tarjetas de platino”, “tarjetas de afinidad” y otros productos dotados de mayor “exclusividad”.

Con relación al sentimiento de poder, una de las formas en que se presenta es la posibilidad de apropiarse de objetos de valor. En la organización social, económica y jurídica toda apropiación de un valor se efectúa a cambio de otro valor que se da en pago, lo cual implica sacrificar algo que ya se tiene o se está en condiciones de tener. Tener capacidad de pago para adquirir cosas es en sí mismo una forma de ejercer un grado de poder. Pero la posibilidad de adquirir un valor sin tener que sacrificar otro valor que se posee representa un grado mucho más alto de poder que no todos pueden ejercer, al margen de que tal poder pueda ser legítimo o ilegítimo.

En este sentido, la tarjeta de crédito permite separar lógicamente y cronológicamente el acto de adquirir del acto de pagar, lo cual genera la ilusión temporal de obtener algo sin nada que dar a cambio.

Obviamente, el usuario no es iluso y no ignora que en el futuro tendrá que sacrificar algún valor que posee. Pero el hecho de obtener un valor sin dar en el momento otro valor a cambio es un hecho concreto de la realidad que produce una sensación emocional. Esta sensación emocional tiene un componente económico, que consiste en satisfacer una necesidad antes de disponer del recurso necesario para ello, y un componente psicológico, que consiste en separar temporalmente el placer de adueñarse del objeto deseado del sacrificio de dar un bien equivalente.

La situación descrita puede parecer trivial pero es real. El sentimiento de diferenciación y la sensación de ejercer poder son estímulos de uso de la tarjeta. Ello se refleja en

que el sistema de tarjeta de crédito induce a consumir, lo cual genera una cantidad incremental de transacciones comerciales en el mercado.

Este fenómeno es de gran importancia en el mercado de tarjetas de crédito; es objeto de consideración en la comercialización del producto, y su presencia se advierte en las imágenes y textos típicos de la publicidad.

Sumados a los indudables beneficios operativos de comodidad y seguridad en las actividades de consumo, estos factores simbólicos o emocionales de diferenciación y ejercicio de poder han contribuido al éxito y expansión del sistema de tarjeta de crédito en el mundo.

4.4.4. Función económica

Como expresa en los párrafos del subtítulo anterior, la tarjeta de crédito opera en un sistema que induce a consumir, lo que genera una cantidad incremental de transacciones comerciales.

Esta característica representa la función económica del sistema de tarjeta de crédito.

En las comunidades que poseen el sistema de economía de mercado como el nuestro, similar al de todos los países desarrollados, existe una interdependencia entre la producción, la distribución y el consumo que hace que, en una situación de equilibrio, el incremento de un factor genere el incremento de los demás. En este contexto, el

sistema de tarjeta de crédito contribuye a incrementar el consumo, lo cual estimula el incremento de la producción y de la distribución, con su correlativa incidencia favorable a la creación de empleos y riqueza.

Por lo expuesto, la tarjeta de crédito, en el marco del sistema en el cual opera, tiene una función económica positiva.

4.5. La tarjeta de crédito no es instrumento ni documento legal

Considerando que la tarjeta de crédito carece de virtualidad jurídica intrínseca, que requiere el soporte de un contrato previo, que sólo es un elemento identificatorio con funciones operativas, simbólicas y económicas y que además es prescindible, es lógico deducir que no es un instrumento jurídico.

A su vez, la función identificatoria no le otorga a la tarjeta el carácter de documento legal pues ésta no tiene valor público. En otras palabras, la tarjeta de crédito no identifica al usuario frente a todas las demás personas existentes. Lo identifica, con un grado de baja precisión, en cuanto contratante admitido es un sistema como titular de cuenta y sólo frente a los establecimientos que operan en tal sistema.

Adicionalmente, el valor identificatorio de la tarjeta de crédito no es propio sino derivado del contrato privado que le da origen. En todo caso, el documento legal es el contrato y la tarjeta es una evidencia de la existencia y ejecución de tal contrato.

4.6. La tarjeta de crédito no es medio de pago, ni dinero, ni sustituto de dinero

Muy frecuentemente se expresa que la tarjeta de crédito es un medio de pago de las operaciones entre usuarios y establecimientos.

Este concepto es muy erróneo y proviene de tres orígenes: el uso impreciso de la expresión medio de pago, la creencia de que mediante la tarjeta se pagan compras o locaciones y las ideas erróneas de atribuir a la tarjeta carácter monetario o asimilar la operación del sistema a la creación de dinero.

Asimismo, con el mismo grado de error suele expresarse que la tarjeta de crédito es un sustituto del dinero y vulgarmente se le suele denominar “dinero plástico” o “dinero electrónico”.

La expresión “medio de pago” significa aquello mediante lo cual se paga una obligación. Puede ser dinero, una cosa, una acción o una omisión. En síntesis, el medio de pago es o que debe darse, hacerse o no hacerse para cumplir la prestación objeto de la obligación contraída.

Por ejemplo, en un contrato de compraventa de inmuebles el medio de pago del comprador es una cantidad de quetzales (dinero) y el del vendedor es el inmueble (cosa); en una locación de servicio de transporte el medio de pago del locatario es dinero y el del locador es transportar un objeto (acción) y en un convenio de

confidencialidad el medio de pago del receptor de la confidencia es no divulgarla (omisión).

En el sentido expuesto, la tarjeta de crédito sólo puede considerarse un medio de pago cuando el emisor la emite y entrega al usuario, en cumplimiento de una de las obligaciones que integran el contrato de incorporación del usuario al sistema. Fuera de este caso excepcional es imposible que la tarjeta de crédito pueda considerarse un medio de pago entre usuarios y establecimientos, ya que ella nunca es el objeto contratado ni se entrega en pago de transacción alguna.

Desde el punto de vista jurídico, el dinero es la moneda de curso legal que tiene poder cancelatorio forzoso. En otras palabras, sólo puede circular el dinero que es moneda creada por ley del Estado de una comunidad determinada y que puede cancelar obligaciones en forma universal por imperio de tal ley, sin que ello pueda ser alterado por la decisión privada de los individuos.

Asimismo, es también errónea la creencia de que la tarjeta es medio de pago no porque se entregue sino porque mediante ella se pagan compras o locaciones entre usuarios y establecimientos. Es errónea porque en el sistema de tarjeta de crédito no se pagan compras o locaciones. Las compras o locaciones entre usuarios y establecimientos no ingresan en el sistema y por lo tanto son ajenas a él. La transacción entre usuario y establecimiento se cancela por renuncia del establecimiento a cobrar el precio al usuario. Las únicas obligaciones que el usuario paga en el sistema

de tarjeta de crédito son saldos deudores abstractos de cuenta corriente mercantil, no precios de compras o locaciones.

Con relación a las erróneas ideas de atribuir a la tarjeta carácter monetario o asimilar la operación del sistema a la creación de dinero, debe tenerse presente que el dinero se define por aspectos y características completamente ajenos a la tarjeta de crédito.

Económicamente, el dinero es un bien que representa un valor, dado que puede ser intercambiado universalmente por valores equivalentes y simultáneamente es valor en sí mismo, dado que es objeto de transacciones dinerarias y de atesoramiento. En este sentido, el dinero se define como un objeto que en sí mismo contiene simultáneamente tres características económicas: es recipiente de valor porque puede ser intercambiado por bienes; es unidad de cuenta porque sirve para medir el valor de otros bienes, y es valor en sí mismo porque vale por sí.

Las dificultades de identificar a la tarjeta de crédito con el dinero han dado lugar a considerarla como sustituto de éste. Suele argumentarse que en las transacciones comerciales puede asimilarse al dinero todo bien que sirva para intercambio económico o cancelación de obligaciones. En tales términos se asimilan al dinero, como sustitutos, los instrumentos de créditos circulatorios bancarios y no bancarios, como pagarés, letras de cambio, cheques o giros.

Se advierte que, tanto desde el punto de vista económico como desde el jurídico, el concepto de dinero no es aplicable a la tarjeta de crédito. Más aún, tales definiciones no son compatibles con la definición de tarjeta de crédito que da la ley.

En este sentido se ha pretendido considerar que la tarjeta de crédito es sustituto del dinero por tener características similares a los títulos de crédito. Sin embargo, tampoco es correcta esta consideración.

El pagaré, la letra de cambio, el cheque y la mayoría de los títulos tienen un valor cartular determinado. En algunos otros títulos el valor puede no estar determinado sobre la base de datos concretos. En este sentido, el valor cartular representa el valor necesario para pagar la obligación por la cual se emitió el título y no tiene otras consecuencias.

Pero en la realidad comercial, los títulos circulatorios pueden representar un valor económico mayor que el valor cartular por el que fueron emitidos. Eso se debe al efecto que la trasferibilidad de estos instrumentos crea en los mecanismos de pago.

La trasferibilidad provoca una multiplicación de pagos con un mismo valor, lo cual, si bien no aumenta la cantidad de dinero en circulación, aumenta la velocidad con que el dinero circula. Es decir, aunque el importe del instrumento no varía y afecta como deuda sólo al patrimonio del librador o del endosante en su caso, la circulación del instrumento de mano en mano permite cancelar varias obligaciones entre terceros. La mayor velocidad de circulación del dinero tiene efectos monetarios en la economía.

Tanto es así que en las economías organizadas se computan en la masa monetaria los títulos de crédito que ingresan en el sistema financiero.

En este punto debe recordarse que la tarjeta de crédito no circula porque no es transferible. Por tanto, además de no ser medio de pago ni dinero, tampoco le son aplicables las características de sustitutos del dinero que tienen los títulos circulatorios.

Por último, debe tenerse presente que las operaciones que se cursan por el sistema de tarjeta de crédito, si bien no son compras ni locaciones sino asientos en cuenta, siempre son objeto de una liquidación que generalmente arroja un saldo deudor para alguna de las partes contratantes de tal cuenta. Ese saldo deudor debe ser pagado en dinero de curso legal. Por ello debe destacarse que el sistema de tarjeta de crédito no crea dinero alguno sino que utiliza el dinero corriente.

Por todo lo expuesto puede afirmarse que la tarjeta de crédito y el sistema de tarjeta de crédito no pueden considerarse válidamente como medios de pago ni como dinero ni como el sustituto del dinero, ya sea que se los trate en su concepto económico como en su concepto jurídico o comercial, pues la tarjeta y el sistema no cancelan obligaciones entre usuarios y establecimientos, no agregan poder adquisitivo a los usuarios, no crean dinero ni aumentan la velocidad de circulación del dinero corriente. Como una mera aproximación podría decirse que el sistema de tarjeta de crédito es una “modalidad” de cursar obligaciones de pago.

La principal razón para destacar que la tarjeta de crédito no es medio de pago, dinero ni sustituto de éste es que sostener lo contrario crearía la necesidad de aplicar a la emisión de sostener lo contrario crearía la necesidad de aplicar a la emisión y uso de la tarjeta las reglas de control monetario tendientes a perseverar el valor de la moneda. Ello, además de improcedente, generaría serios obstáculos para el negocio cuyo resultado sería el encarecimiento del producto, lo cual privaría a éste a los sectores de menores ingresos.

En este contexto debe destacarse en particular que la tarjeta de crédito no tiene efectos inflacionarios. Suele afirmarse que debido a que la tarjeta permite adquirir bienes o servicios sin un pago correlativo, o con un pago diferido, desequilibra el balance de bienes y moneda provocando un aumento artificial de los precios.

El pago correlativo tiene su equivalente económico, si bien no contractual ni comercial, en el pago de los saldos deudores de la cuenta, ya que no habría forma de cursar y registrar las operaciones ni de obtener los saldos correspondientes. Pero la cuenta no sería útil sin su administración por parte del emisor, ya que sería impracticable, más bien absurdo, que cada usuario y cada establecimiento abrieran, mantuvieran y administraran sus propias cuentas.

Basta tener presente que la tarjeta no es medio de pago, ni dinero ni creación o sustitución de dinero para comprender que no puede tener efectos infraccionarios. Pero

además no es correcto decir que la tarjeta permite comprar sin pago correlativo o con pago diferido.

Lo expuesto demuestra que ambos elementos del objeto son funcionales porque se requieren en forma mutua y complementaria para tener sentido y cumplir un fin material. Esta relación funcional es la que otorga unidad al objeto del contrato.

4.7. Contrato complejo e innominado

Lo expuesto significa que el contrato de usuario (así como el de establecimiento, que se analiza en su oportunidad) es un contrato único pero complejo e innominado.

Complejo, porque en su unidad muestra por lo menos dos elementos contractuales combinados: la contratación de la apertura de una cuenta para prestar un servicio o, considerado a la inversa, la prestación de un servicio mediante la apertura de una cuenta.

Los contratos de usuario y emisor en el sistema de tarjeta de crédito son contratos complejos innominados cuya naturaleza jurídica consiste en la combinación funcional de una apertura de cuenta con una locación de servicios de administración de tal cuenta corriente y prestaciones accesorias o complementarias.

Innominado, porque si bien la apertura de crédito y cuenta corriente son individualmente contratos nominados, la combinación funcional de ambos no responde a una denominación especial bajo designación legal.

En conclusión podemos decir que el origen de la tarjeta de crédito es el contrato de apertura de crédito regulado en el Artículo 718 del Código de Comercio. Por el contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o bien, a contraer obligaciones por cuenta de éste, quien deberá restituir las sumas de que se disponga o a proveer las cantidades pagaderas por su cuenta, y a pagar los gastos, comisiones e intereses que resulten a su cargo.

4.8. Características adicionales del contrato

4.8.1. Contrato comercial

Los contratos de usuario y emisor son comerciales tanto por su objeto como por su sujeto.

Por su objeto, porque constituye la prestación habitual de un servicio con fines de lucro basado en la apertura y administración de la cuenta corriente, que es esencialmente comercial (Artículos. 718 y 734 del Código de Comercio).

Por su sujeto, porque el emisor es siempre un comerciante.

4.8.2. Contrato de adhesión

Este contrato está comprendido entre los denominados “contratos de adhesión”. Con esta expresión se designa a aquellas ofertas de contrato en que una de las partes determina las condiciones propuestas y la otra sólo puede aceptar o rechazar, sin introducir modificaciones.

En cuanto a la aplicabilidad del Código Civil, el Artículo uno del Código de Comercio establece: Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil. En cuanto al contrato de adhesión, el Código Civil establece en el Artículo 1520: Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas.

El Código de Comercio en el Artículo 672 establece: Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:

1°. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.

2°. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.

3°. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.

Tal forma de contratar se opone al concepto tradicional de contrato, en el que ambas partes discuten y negocian la oferta y su aceptación según sus intereses individuales para llegar a un acuerdo de interés común.

Un ejemplo típico de contrato de adhesión es la oferta de un contrato de compraventa cuyas condiciones están fijadas por el vendedor e impresas en un formulario que el comprador firma. El acto de firmar evidencia el consentimiento que hace nacer el contrato, pues significa que el comprador acepta (“se adhiere a”) las condiciones propuestas por el vendedor.

Este tipo de contratación se generalizó con la industria y el comercio de gran escala y consumo masivo, en los cuales no hay oportunidad para que oferentes y demandantes discutan y negocien sus intereses.

4.8.2.1. Crítica inicial

En la actualidad existen principios legales y judiciales que protegen al consumidor, que amparan la competencia en el mercado, que dan la razón al demandante en caso de

duda; que privan de validez a los textos no firmados por el demandante; a los textos confusos o de difícil lectura; a los conceptos excesivamente técnicos para la persona media; a las renunciaciones a derechos y recursos; a la inversión injustificada de la carga de la prueba y a las condiciones abusivas en general. También la jurisprudencia, doctrina y legislación han desarrollado referencias para determinar cuando existen posiciones dominantes en el mercado y cuando se hace abuso de ellas.

En su origen, el contrato de adhesión generó críticas. Se prestaba a abuso por parte de los oferentes cuando su posición económica les permitía fijar condiciones favorables en exceso para ellos y en perjuicio para el demandante. Se afirmó que el contrato de adhesión era la “crisis del contrato”, porque negaba los presupuestos tradicionales de la contratación y daba lugar a riesgos e injusticias.

Debido a ello, la jurisprudencia y la legislación mundiales crearon gradualmente remedios para evitar los abusos del contrato de adhesión.

4.8.2.2. Predominio del contrato de adhesión

Adicionalmente, no debe asociarse el contrato de adhesión sólo con el contrato escrito. Téngase presente que, según la ley, los contratos pueden ser verbales y hasta tácitos. En este plano la presencia del contrato de adhesión es mucho mayor. La gran mayoría de productos alimenticios se adquieren en las condiciones que su oferente determina sin que pueda modificarse su estado, envase, peso, cantidad, componentes, precio, calidad u otras características; los medicamentos, cosméticos y productos de higiene se

ofrecen en fórmulas, estados, envases y cantidades predeterminados; la ropa se comercializa en telas, modelos y talles universales confeccionados; el transporte en general de toda índole, medio y distancia se ofrece en fechas, horarios, recorridos y tarifas predeterminados”.²⁶

Se cursan por contrato de adhesión la incorporación a instituciones educativas como escuelas, colegios y universidades, servicios médicos, odontológicos, asistenciales y de salud en general, entidades culturales y deportivas, servicios de transporte, de turismo, productos y servicios bancarios y financieros, servicios informáticos y otros.

Además de no ser riesgoso, el contrato de adhesión ya no representa la llamada “crisis del contrato” y se ha convertido en una práctica general que la comunidad mundial ha adoptado por sus beneficios.

Los modernos sistemas de producción, prestación, comercialización y distribución de bienes y servicios han expandido tanto el uso del contrato de adhesión que éste está presente en todos los aspectos de la vida.

El clásico contrato negociado entre partes ha pasado a ser una rareza en la actualidad. Basta con preguntarse cuantas veces en su vida una persona media negocia, discute, redacta y firma un contrato. En general son raras oportunidades.

²⁶ Reynoso, **Ob. Cit**; pág. 185.

CAPÍTULO V

5. El anatocismo en el contrato de apertura de crédito que da origen a la emisión de la tarjeta de crédito

5.1. Del contrato de apertura de crédito

Como mencione en el capítulo anterior que el origen de la tarjeta de crédito es el contrato de apertura de crédito. Por el contrato de apertura de crédito, un sujeto denominado acreditante se obliga frente a otro llamado acreditado, a poner a su disposición una suma de dinero o a contraer obligaciones por cuenta del acreditado; éste a su vez, se obliga a restituir las sumas de que hubiere dispuesto o las que resultaren a su cargo. Este contrato se rige por los artículos 718 al 728, del Código de Comercio.

5.2. Función

El contrato de apertura de crédito cumple la función de poner a disposición del acreditado una cantidad de dinero para dedicarlo a sus actividades comerciales o industriales o bien que se cancelen obligaciones por su cuenta. Como el acreditado puede o no saber el momento preciso en que necesitará el dinero, es una ventaja tenerlo únicamente a disposición para su oportunidad, con el privilegio de pagar intereses únicamente sobre el saldo que le resulte en un momento determinado y no sobre la cantidad total de la apertura. Por otro lado, como se fija un límite máximo, el acreditado puede pactar una cantidad más allá de lo que tiene planificado invertir, sobre

todo por las fluctuaciones de precios u otras circunstancias fortuitas de contratación, lo que no sucede en los préstamos cerrados. En el caso del acreditante, esta operación le permite ganar dinero por concepto de intereses mediante estudios planificados, previos al otorgamiento de una apertura. En los bancos, específicamente, los créditos se otorgan haciendo estudios sobre la capacidad económica del acreditado, exigiéndose garantías que aseguren la recuperación.

5.3. Modalidades de apertura de crédito

- a) Garantizada. Se da cuando la obligación del acreditado se garantiza con hipoteca, prenda o fianza.

- b) Al descubierto. Se le llama así a la apertura que no tiene más garantía que la confianza mutua entre las partes.

- c) En cuenta corriente. La doctrina y la ley guatemalteca (Artículo 723) se refieren a la apertura de crédito en cuenta corriente como aquella modalidad en la que el acreditado puede hacer remesas (abonos) antes de que deban liquidarse (pagarse), en cumplimiento parcial o total de la cantidad acreditada; si el plazo no se ha vencido, puede seguir haciendo uso de la cantidad original. Por ejemplo: Manuel le acredita a José, la cantidad de Q.5000.00 por el plazo de un año, de los cuales se dispone desde la celebración del contrato. Si José paga a los seis meses, su saldo vuelve a cero y puede disponer de la suma original por el resto del plazo. Esta facultad del acreditado sólo puede ser posible si la apertura de crédito es en cuenta

corriente. Y es aquí en donde surge la contradicción legal: la cuenta corriente en un contrato típico, nominado en el Código de Comercio (Artículos 734 al 743). Entonces, ¿cómo puede ser que mediante otro contrato (apertura de crédito) se celebre uno de cuenta corriente? ¿Ante qué tipo de contrato estamos? A las partes no puede llamárseles cuentacorrentistas, ni se van a hacer anotaciones recíprocas de abonos y cargos, porque en la apertura, de antemano se sabe quién es el deudor y el acreedor real o potencial del contrato. Consideramos que, al elaborar nuestro Código, no se percataron de la contradicción que introducían al normar la apertura en cuenta corriente, ya que la segunda no puede desvincularse de un contrato debidamente tipificado en la ley. Si se quería legislar sobre esa modalidad, lo que nos parece muy conveniente, no era necesario yuxtaponer dos contratos que por su tipicidad entran en contradicción: o es uno o el otro; pero no los dos a la vez. Esta contradicción se observa en otras legislaciones sin que los textos doctrinarios critiquen esta curiosa contradicción.

5.3.1. Plazo de vigencia especificando comienzo y cese de la relación (plazo de vigencia de la tarjeta de crédito)

Como se fija un plazo para el uso del crédito, la extinción de éste da por terminado el contrato. También puede terminar anticipadamente si el acreditado le comunica por escrito al acreditante su determinación. Puede suceder que se haya omitido el plazo para utilizar el crédito; es ese caso cualquiera de las partes puede darlo por terminado mediante denuncia que se le hace saber a la otra parte por medio de un notario o personalmente.

5.3.2. Plazo para el pago de las obligaciones por parte del titular

La ley no establece un plazo este debe fijarse en el contrato.

En caso de que el emisor omita incluir el plazo para el pago de las obligaciones, deberá recurrirse al juez para que lo fije.

5.3.3. Porcentual de montos mínimos de pago conforme a las operaciones efectuadas

Si no se incluyeron montos mínimos de pago, no podrá exigirse el pago de intereses punitivos al titular.

5.3.4. Montos máximos de compras o locaciones, obras o retiros de dinero mensuales autorizados

Un criterio básico indica que el crédito para consumo no debe exceder del 30% de los ingresos corrientes del tomador (o mejor aún, de su grupo familiar). Tal concepto debe reconsiderarse en función del principio de economía que nos enseña que existe una proporción a ahorrar creciente y a consumir decreciente a medida que aumenta el ingreso. Sin embargo, se ve en la práctica que el crédito otorgado a los solicitantes de “tarjetas” es mayor cuanto mayores son sus ingresos, a pesar de que la tarjeta sólo debería ser utilizada para sufragar gastos de consumo. Esto me recuerda aquella frase de Bloomingdale (a la sazón presidente de Diners) que decía que con el tiempo la

sociedad de dividiría en dos clases: la de los que tengan tarjeta de crédito, y la de los que no puedan tenerla.

Si no se fijaron montos máximos de compras o locaciones, deberá entenderse que el uso de la tarjeta no contiene ningún límite al respecto.

En estos casos, como vemos, la inejecutabilidad del saldo deudor de la tarjeta se presenta como un resultado exagerado, toda vez que la omisión de los requisitos establecidos se resuelven en consecuencia por sí mismas ya bastante gravosas para el emisor.

Interpretamos que si el titular excede los montos máximos otorgados por el emisor y éste le paga igualmente al proveedor, la vía judicial de recupero es el juicio ordinario y no el ejecutivo y por igual motivo, entendemos que el fiador responde sólo hasta el límite.

5.4. Análisis de lo pactado en el contrato de emisión de tarjeta de crédito (apertura de crédito)

5.4.1. En qué momento impone el banco el sistema de anatocismo

“El anatocismo tiene lugar cuando el interés no se liquida una sola vez al final del período durante el cual el capital es debido sino que se lo liquida en tramos parciales y se lo acumula secuencialmente al capital. En realidad la tasa de interés no se aumenta

por la liquidación parcial. Lo que se aumenta es la base de cálculo de capital, por lo cual genera un mayor interés (a la misma tasa) en el período siguiente de liquidación.

En la práctica de los sistemas de tarjeta de crédito el interés generado durante el período de registraci3n se capitaliza en la liquidaci3n de tal período y, si el capital queda impago, genera nuevo interés en el período siguiente.

Esto ocurre con el interés compensatorio cuando se ha efectuado un pago parcial del saldo deudor del período anterior y con el moratorio y punitorio cuando se ha incurrido en incumplimiento del pago del saldo deudor del período anterior.

Por esta raz3n se afirma frecuentemente que el resumen de cuenta del sistema de tarjeta de crédito incurre en anatocismo prohibido. Esta afirmaci3n es incorrecta, por las razones legales establecidas en el C3digo de Comercio.

En primer lugar, la ley no prohíbe la capitalizaci3n de los intereses compensatorios.

En segundo lugar, debe tenerse presente que la deuda del usuario es el saldo deudor de su cuenta. A su vez, dicho saldo es el resultado de cada liquidaci3n parcial de la cuenta. Tal liquidaci3n comprende asientos que corresponden a operaciones que se han cursado en el período de registraci3n anterior. Una de tales operaciones es liquidar el interés compensándolo con otros asientos registrados en el mismo período, con lo cual el asiento de intereses desaparece como tal y se refleja en el saldo obtenido. Por

lo tanto, cada saldo es una nueva obligación independiente de los saldos de períodos anteriores.

Lo dicho significa que el pago parcial o la falta de pago del saldo inmediato anterior generan intereses en el período de registraci3n presente que se reflejan en el saldo de tal período presente. Por ello es que no configuran anatocismo prohibido.

Con respecto al contrato del sistema de tarjeta de crédito, contiene una cláusula que permite la acumulaci3n de intereses al capital en el momento de la liquidaci3n al cierre de cierto período que también se establece. Ésta es una convenci3n previa a la deuda”.²⁷

Según el contrato mediante formulario de tarjeta de crédito emitido por Credomatic entidad emisora de tarjeta de crédito que se toma como ejemplo; establece el contrato en la cláusula sexta literal f: Intereses moratorios del (dejando en blanco dicho espacio) por ciento mensual más impuesto al valor agregado sobre el pago mínimo diario produciéndose la mora con respecto a la totalidad del saldo deudor, por el simple retardo del tarjetahabiente en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a su cargo. En los casos permitidos por la ley se capitalizarán los intereses, comisiones y cargos no pagados en tiempo.

²⁷ **Ibid**, pág. 278

5.5. Efectos del anatocismo en Guatemala

En el presente sub-título se analizan los efectos que produce la capitalización de intereses en la sociedad guatemalteca, y en ese orden de ideas, dichos efectos aparecen en dos grandes vertientes, toda vez que por medio de dicha situación jurídica hay un grupo que incrementa su patrimonio, mientras que otro grupo social ve menguado su capital, es decir su patrimonio.

El enriquecimiento para un grupo social es legal, es lícito y amparado por el Artículo 691 del Código de Comercio, regula la capitalización de intereses y que viene a incrementar el capital y patrimonio de las entidades mercantiles que han emitido las correspondientes tarjetas de crédito que circulan en Guatemala, y que son llamadas generalmente las entidades emisoras, que de esa forma logran desarrollar la actividad lucrativa para la cual han sido creadas dentro de nuestra sociedad.

En sentido contrario, encontramos al grupo social que tiene que pagar los intereses y los intereses capitalizados por las sumas debidas, esto por el uso de la tarjeta de crédito que han adquirido de parte determinada entidad financiera a la cual se han afiliado por medio del contrato respectivo, que les permite hacer uso de la misma en las condiciones ya pre-establecidas por dichas entidades mercantiles.

5.6. La necesidad de derogar o modificar el Artículo 691 del Código de Comercio

El Artículo 691 del Código de Comercio establece: En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el período de que se trate.

Como se ha dicho en los capítulos anteriores la capitalización de intereses o anatocismo conlleva serias consecuencias que afectan al consumidor, es por esa razón que se considera que una futura revisión del Código de Comercio debería de suprimir dicha especialidad de la obligación mercantil, por ser demasiado onerosa y en el mínimo de los casos sería necesario ampliar dicho artículo protegiendo al consumidor en el presente caso al tarjeta-habiente.

5.7. Argumentos a favor y en contra de la capitalización

Diversamente se piensa que todavía es difusa en la conciencia social la exigencia de poner límites al anatocismo, sin advertir que debe ponerse en el mismo plano que otras restricciones previstas para los intereses que superan la tasa legal, y conspiran, de este modo, contra la transparencia del costo del dinero. Sobre ésta incide negativamente el mecanismo del cálculo que provoca el anatocismo y que no contribuye a facilitar la determinación de tal costo, sobre todo por parte de algunas categorías económico-sociales de deudores.

Un repaso de la doctrina italiana que ha debatido extensamente sobre la cuestión nos ilustra sobre las posiciones antagónicas en torno del anatocismo. Así, aquellos que reconocen la legitimidad de la capitalización de los intereses juzgan los límites puestos al anatocismo como un residuo de la antigua desconfianza del instituto, concebido por el legislador como una de las formas más refinadas de la usura. Además, se lo relacionaba con el principio genérico del favor debitoris, privado ya de cualquier fundamento en el plano de la coherencia lógico-jurídica, en las concretas exigencias económico-sociales. A ello se agrega que, reconocida la autonomía de las partes en la determinación convencional del tipo de interés, el anatocismo no parece cumplir función alguna.

Es más, para sostener la defensa de la prohibición se han extendido en la crítica a los argumentos de quienes bregaban por eliminar tal restricción. Así, entienden que ya no resulta convincente la tesis de quienes ven los límites puestos a la capitalización en una perimida aversión a la usura.

De tal forma, se sostiene, han cambiado las motivaciones de los legisladores ya que la prohibición ahora obedece a que no se puede prescindir de valorar las exigencias insitas en una economía de tipo capitalista, para lo cual el crédito constituye un factor indispensable de desarrollo.

Asimismo, para sostener la prohibición abundan en criticar a quienes sostienen la vetustez del principio favor debitoris, el cual entienden que, lejos de encontrarse agotado, debe ensalzarse frente a las convenciones concluidas entre débiles y

poderosos, siendo estos últimos quienes predisponen unilateralmente las condiciones del negocio jurídico.

5.8. Insuficiencia de la autonomía y realidad económico –social

De allí la relatividad de la autonomía de la voluntad para alentar el anatocismo, es que en todo caso puede sostenerse con otros argumentos que a la vez permiten rebatir a los protectores de la prohibición de la capitalización.

Se advierte en las referencias doctrinales apuntadas dos posiciones encontradas con argumentos similares a los desarrollados entre nosotros. En particular, los que sostienen la posibilidad del anatocismo valiéndose del principio de la autonomía de la voluntad y, contrariamente, los que pretenden su prohibición como único recurso para evitar la usura y, con ello, el aprovechamiento de uno en perjuicio del otro.

La innovación de la autonomía de la voluntad carece de utilidad al verificar que la prohibición se extendía no sólo a los supuestos convencionales, sino también a los resarcitorios mediando condena, cuyos alcances son ajenos a la voluntad de las partes y atienden a preservar la ecuación económica de la prestación debida. Por lo demás los intereses contrapuestos pueden resolverse en el ámbito de una adecuada convención, regida naturalmente por principios inmutables y que no se agotan, ni mucho menos, en la autonomía el legislador al neutralizar.

Actualmente, o mejor dicho, desde hace ya mucho tiempo, la realidad que nos circula es distinta de la conocida en los tiempos de la prohibición de capitalizar.

Es que seguramente entre los beneficios de retornar al sistema nominalista está el acercarnos con realismo a la verdadera dimensión del concepto de rendimiento del dinero, tal como lo muestra el interés por el interés, en un mercado donde se habla de guerra de tasas y en el que resulta tangible que el fruto civil puede y debe generar nuevos frutos, alentando la canalización del ahorro al circuito económico.

Y en ese circuito el dinero, sin distinguir capital o rendimiento, genera nuevos intereses, sin atender tampoco a la calidad de ahorrista o de inversor, ya que no hay en la actividad institucional del ahorro actual - la intermediación bancaria- operación que no contemple la capitalización. Por ello, parece improbable que aquel mecanismo, que es válido para obtener un rendimiento, sea nocivo cuando representa el costo del dinero debido.

Luego, no parece prudente sostener que la capitalización afecte el crédito y consecuentemente su proyección como factor de desarrollo, sino más bien lo contrario, desde que en los términos del crédito concurren dador y tomador, y la neutralización de un rendimiento eficaz para uno de los extremos concluiría en la retracción de la oferta o en un desequilibrio para el intermediario, quien no podría absorber el quebranto de pagar capitalizando y recuperar sin cobrar interés sobre el interés.

Por lo demás, el interés, enunciado comúnmente como el rédito que produce o debe producir el dinero o cualquier otro capital en especie, o como rendimiento del dinero en compensación por el no uso del capital, goza de la misma naturaleza y se representa de igual modo que el género en dinero. Así, luego de devengado puede ser devuelto al circuito productivo generando a su vez nuevos frutos, de igual naturaleza y que también se representan en dinero, sin ningún otro aditamento o requisito que el de la mera posesión. Este extremo justifica, por sí mismo, la compensación para quien no pudo incorporarlo al sistema económico a cargo de quien obtuvo una utilidad por su utilización.

No admitir la capitalización en una economía interrelacionada importaría la expropiación del acreedor y violaría su derecho de propiedad, bajo el pretexto dogmático de que el anatocismo viola el orden público, olvidando que éste no es un concepto cerrado y debe interpretarse en función de la moral y de las circunstancias de una comunidad en un momento determinado.

Y en las circunstancias actuales la comunidad no es ajena al efecto multiplicador del capital y, además, se ha superado significativamente, al menos en ese aspecto, la distinción entre actividad familiar y comercial.

No obstante, ello no invalida la preocupación por la usura de cuyos efectos nocivos debe preservarse a la comunidad sin discriminación, en tanto desnaturalizar los principios de la justicia conmutativa, pero evitando formulaciones dogmáticas. Así, la

preservación del favor debitoris no puede enunciarse sino para los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas”.²⁸

5.8.1. Un empobrecimiento para el tarjeta-habiente

En materia mercantil el ánimo de lucro es el que prevalece en toda negociación, en virtud de lo cual las entidades emisoras de las tarjetas de crédito las emiten con ánimo de lucro y consecuentemente el tarjeta-habiente informado de ello, y al solo firmar los vauchers por los servicios o artículos recibidos y los cuales pagará en la fecha y forma convenida, lógicamente ve reducir su patrimonio, ya que el precio de dichos servicios o artículos adquiridos se incrementa elevadamente causándole en forma directa perjuicio a su economía familiar.

La usura, históricamente ha sido criticada, por lo que las legislaciones no aceptan el hecho de las sumas elevadas de intereses que se cobran a los deudores, y tampoco de que se cobren intereses de los intereses, porque esto es lo que estrecha más la vida de las poblaciones; pero nuestra legislación en materia mercantil lo permite, sin importar que perjudique la economía familiar, y aunado los tarjeta- habientes al caer en mora y al retrasarse en los pagos acordados son demandados en la vía sumaria de parte de las entidades crediticias que inicialmente en forma bondadosa les ofrecieron una y múltiples facilidades de uso de la tarjeta de crédito en mención, como el pago de las sumas debidas.

²⁸ Barbier, **Ob. Cit**; pág. 372.

Por el uso inadecuado de las tarjetas de crédito, los usuarios de las mismas se empobrecen por los cobros desmedidos de los intereses, como de la capitalización de intereses y de los diversos juicios que entablan en contra de los usuarios las entidades financieras y bancarias que operan en el país, en perjuicio directo de la economía familiar.

5.8.2. Un enriquecimiento para el emisor

El uso de las tarjetas de crédito produce un enriquecimiento, lo cual es comprobable a simple vista con la diversidad de entidades emisoras de tarjetas de crédito que operan actualmente en Guatemala, muchas por sí solas y otras por medio del apoyo de instituciones bancarias acreditadas en Guatemala.

En nuestro medio, son las entidades emisoras de las tarjetas de crédito, las que perciben intereses de las sumas debidas por el usuario de una de las tarjetas de crédito, y cuando los mismos incurren en mora, al tenor del artículo 677 del Código de Comercio, inmediatamente empiezan a percibir intereses de los intereses debidos por el usuario, mecanismo legal por medio del cual se enriquecen por las distintas negociaciones celebradas en Guatemala.

CONCLUSIONES

1. La capitalización de intereses consistente en la suma de los intereses al capital mutuado, y que incrementado genera un mayor interés se denomina anatocismo en la legislación mercantil vigente en Guatemala, el cual es fundamental debido al ser el mismo de importancia al capitalizar la cantidad de intereses que se obtienen.
2. La capitalización de intereses es una especialidad de los contratos mercantiles que se encuentra regulada en el actual Código de Comercio Artículo 691, en la práctica se da en el contrato de apertura de crédito que emite la tarjeta de crédito.
3. La principal consecuencia que conlleva la capitalización de intereses en el contrato de apertura de crédito que da origen a la emisión de la tarjeta de crédito es cuando el usuario o tarjeta habiente no puede cubrir su saldo total a la fecha le fijan como último día de pago dicho saldo genera intereses y se convierte en capital y el capital se acrecienta.
4. En el contrato de apertura de crédito se establece que en los casos permitidos por la ley se capitalicen intereses, comisiones y cargos no pagados en tiempo, pero omite explicar las consecuencias que conlleva dicha especialidad, tal y como se encuentra regulado en la legislación mercantil vigente en la sociedad guatemalteca.

5. El Artículo 691 del Código de Comercio vigente en Guatemala permite la capitalización de intereses, y violenta el principio relativo a que el bien común prevalece sobre el interés particular, porque favorece a una minoría y debe obedecer al bienestar de toda la sociedad y no solamente a los intereses que tenga una persona.

RECOMENDACIONES

1. Que el Ministerio de Economía informe a los usuarios a través de la Dirección de Atención al Consumidor las consecuencias que conlleva la capitalización de intereses en el contrato de apertura de crédito que da origen a la emisión de tarjeta de crédito y que les den instrucciones de cuando deben realizar los pagos y evitar la suma de los intereses generados al capital mutuado.
2. La Dirección de Atención al Consumidor controle que en el contrato de apertura de crédito que autoriza el sistema bancario se consigne en caracteres grandes y visibles la especialización de capitalización de intereses.
3. Es necesario que la Dirección de Atención al Consumidor vele porque en el sistema bancario se informe a los usuarios de tarjetas de crédito, las consecuencias que conlleva la capitalización de intereses y que dicha especialidad dará origen, cuando el tarjetahabiente no pueda cubrir su saldo total a la fecha.
4. El Ministerio de Economía a través de los medios de comunicación informe a la población guatemalteca, las consecuencias que conlleva el anatocismo especialidad que se consigna en el contrato de apertura de crédito, que da origen a la emisión de tarjeta de crédito.

5. Que la Corte de Constitucionalidad declare inconstitucional el artículo 691 del Código de Comercio vigente en Guatemala, por violentar el principio que el bien común prevalece sobre el interés particular.

BIBLIOGRAFÍA

PERROT, Abeledo. **Diccionario jurídico**. Ed. Ariel. España, 1991.

A. ARGERI, Saul. **Diccionario de derecho comercial y de la empresa**. Ed. Astrea. Gráfica Minerva. Buenos Aires, Argentina, 1982.

ARRUBLA PACTAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. 1t.; 7a. ed.; Biblioteca Jurídica Dike. Colombia, 1995.

BARBIER, Eduardo Antonio. **Contratación bancaria**. Ed. Astrea La Valle 1208. Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2000.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3T.; Ed. Heliasta S.R.L. Argentina, 2001.

COLMO, Aníbal. **Enciclopedia jurídica omeba**. 1t.; Ed. Bibliográfica, Argentina, 1950.

DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. Ed. Harla. México, 1995.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico: contratos parte especial**. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1994.

GÓMEZ ROJO, María Encarnación. **Historia jurídica del anatocismo**. Ed. Talleres de gráficos Cometa S.A. Zaragoza, España, 2001.

MILITELLO, Sergio A. **Tarjeta de crédito**. Ed. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1998.

REYNOSO, Daniel Gerardo. **Tarjeta de crédito**. Ed. de Palma. Buenos Aires, Argentina 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1985.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**. 7a. Ed. Porrúa. México, 1997.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3T.; Ed. Estudiantil Universitaria de Guatemala, 1998.

<http://www.monografías.com/trabajos/anatocismo/anatocismo.shtml> (5 de junio de 2007).

<http://html.rincondelvago.com/contratación-mercantil.html> (7 de agosto de 2007).

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106. 1964.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República, Decreto número 2-70, 1970.

Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Congreso de la República, Decreto número 06-2003. 2003.