

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

**LA ILEGALIDAD DEL COBRO DE MORA AL  
TARJETAHABIENTE POR CAUSAS  
NO IMPUTABLES A ÉSTE**

**CEIDA LORENA LÓPEZ CHILÍN DE DÍAZ**

**GUATEMALA, JULIO DE 2010**

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

**LA ILEGALIDAD DEL COBRO DE MORA AL  
TARJETAHABIENTE POR CAUSAS  
NO IMPUTABLES A ÉSTE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por

**CEIDA LORENA LÓPEZ CHILÍN DE DÍAZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, julio de 2010

**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. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría  
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN  
TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Héctor Leonel Mazariegos González  
Vocal: Lic. José Luis Vallecillos Morales  
Secretaria: Licda. Magda Elizabeth Montenegro

**Segunda Fase:**

Presidenta: Licda. Eloísa Mazariegos Herrera  
Vocal: Lic. Luis Emilio Piñola  
Secretario: Lic. Rolando Corzantes Cruz

**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).

## DEDICATORIA

- A DIOS: Al supremo creador de cuanto existe y hacedor de mi vida, dedico este acto con humildad, por ser mi luz y darme la sabiduría y el conocimiento; sin su amor no lo hubiera logrado. Exaltado sea tu nombre por siempre.
- A MIS PADRES: **Carlos López, Alba Miriam Chilín Avalos de López**, mi eterno agradecimiento por todo ese amor incondicional, por que desde que abrí mis ojos al mundo, siempre han estado conmigo, cuidando y dándome todo lo que espiritual y materialmente yo he necesitado, los bendigo y los amo con todo mi corazón, para mí son las personas más buenas, y las más amorosas que he tenido en mi vida.
- A MI WILLIAM ARTURO: Mi amado esposo, gracias por animarme tanto a superarme y ser alguien diferente, mi amor; este logro es más tuyo que mío; gracias por tu inagotable paciencia y amor en los momentos en que me sentí desfallecer; tú creíste en mí, por eso te amo mi amor.
- A MIS SUEGROS: **Amparo Portillo (Q.E.P.D.) Arturo Díaz**, con mucho amor y admiración.
- A MIS HERMANOS: **Carlos Guillermo (Q.E.P.D.)**, el ángel que siempre vela por nosotros. **Evelyn Xiomara, Jorge Mauricio, Alba Marleny, Luis Fernando y Luis Antonio**, que mi triunfo sea también de ustedes y gracias por ser mis ángeles aquí en la tierra y seguir compartiendo todas nuestras vivencias; los quiero muchísimo.

A MIS ABUELITOS: **Tanto paternos como maternos (Q.E.P.D.),** Dios los tenga en su regazo, especialmente a **Estercita Ávalos “Mamita Tey”** allí donde estás al lado de Dios intercede por todos los que seguimos amándote. Gracias por dejar en nuestros corazones tanto recuerdo, tanto consejo sabio, anhelamos con tu ejemplo alcanzar también el corazón de Dios.

A MIS TÍOS: En general, especialmente a: **Oscar Rolando, Alicia Consuelo, Araceli,** gracias por el cariño que me han dado desde que estaba en la cuna hasta el día de hoy; Dios los bendiga siempre.

A MIS CUÑADOS Y CUÑADAS: **Aroldo, Nilsa, Ariel, Ruth, Saira, Patricia, Elvis, Roberto, Francis y Floridalma,** con mucho afecto y respeto, ustedes también son mis hermanos.

A MIS SOBRINITOS: **Carlos Daniel, Kevin Aroldo, Luis Alejandro, Alba Mariel, Jennifer Marleny, Rolando Ariel, Carlos Antonio, Josselyn Albany, María Fernanda, Luis Fernandito, Emmy Aracely y Jeremy Enrique,** todo mi corazón y que este triunfo les sirva de ejemplo, ánimo mis amores se puede alcanzar el sueño.

A MIS PRIMOS: Con cariño y a los que he tenido más cerca: **Selvin Rolando, Sara Ester, Francisco Laureano, Oscar Remberto, y Astrid Estefanía,** los quiero mucho, ustedes son muy importantes para mí.

A LA IGLESIA C.A. DE HORCONES: Santa Catarina Mita, Jutiapa, luz que alumbró mi caminar espiritual.

A FRATERNIDAD  
CRISTIANA DE  
GUATEMALA: Lugar hermoso donde encontré el verdadero significado de cómo amar a Dios sobre todas las cosas y cómo saber disfrutar cada minuto de la vida.

A MI ESCUELITA: De Horcones, Santa Catarina Mita, Jutiapa, como mudo testigo y maestra de mis primeras enseñanzas.

AL INSTITUTO  
NACIONAL DR.  
FRANCISCO A.  
FIGUEROA: De Santa Catarina Mita, Jutiapa, gran maestra de mi juventud.

A MIS MAESTROS: De primaria, de secundaria, y universitaria, especialmente al abogado y notario **Carlos Manuel Castro Monroy**, por poner un toque especial en sus enseñanzas e inspirarme a ser una buena profesional.

A MIS MEJORES  
AMIGOS: **Luis De León, Amarilis Barrera de De León, Mayra Aurelia Flores de Alvarado.** Qué fortuna haberlos encontrado; gracias por su sincera amistad.

A: La tricentenaria **UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES;** reconocimiento especial por haber coronado en mí, el sueño de alcanzar mi profesión.

A USTED QUE  
LA RECIBE: Gratitud y respeto.

## INDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. Contrato.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Relación histórica.....	2
1.3. Análisis jurídico.....	6

### CAPÍTULO II

2. Las obligaciones.....	21
2.1. Definición.....	21
2.2. Elementos de la obligación.....	21
2.3. El vínculo jurídico.....	22
2.4. Los sujetos.....	24
2.5. Fuentes de las obligaciones.....	29
2.5.1. Origen histórico y desarrollo legislativo de la clasificación tradicional de las fuentes.....	30
2.6. Relación histórica.....	36
2.7. Análisis doctrinario.....	37

### CAPÍTULO III

3. Derecho mercantil.....	45
3.1. Definición.....	45
3.2. Relación histórica.....	47

	<b>Pág.</b>
3.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco.....	59
3.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco.....	63

#### **CAPÍTULO IV**

4. Contratos mercantiles.....	67
4.1. Obligaciones mercantiles.....	67
4.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado:.....	69
4.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....	71
4.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles.....	73
4.4.1. La obligación mercantil.....	73
4.5. Características del contrato mercantil.....	74
4.6. Características esenciales de las obligaciones mercantiles frente a las civiles.....	76

#### **CAPÍTULO V**

5. La tarjeta de crédito.....	79
5.1. Generalidades.....	79
5.2. Antecedentes.....	82
5.3. Definición.....	83
5.4. Clases de tarjetas de crédito.....	85
5.5. Regulación legal en el derecho mercantil.....	87
5.6. Clonación de tarjetas de crédito.....	89



**CAPÍTULO VI**

6. La mora y la ilegalidad del cobro por causas no imputadas al tarjetahabiente.....	95
6.1. La mora.....	95
6.2. La mora del acreedor.....	99
6.3. La mora del deudor.....	100
6.4. La mora en la ley civil guatemalteca.....	100
6.5. Ilegalidad de la mora en tarjetas de crédito.....	103
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como fin el análisis jurídico-doctrinario de la figura de la mora en el derecho civil guatemalteco, y su relación con los contratos de tarjetas de crédito cuando por atraso en el pago, la empresa otorgante, cobra mora y, por lo tanto, se viola el Artículo 1,430 del Código Civil; el cobro de mora causa daños y perjuicios al tenedor de ésta.

El Artículo 757 del Código de Comercio, estipula que las tarjetas de crédito deberán ser emitidas a personas individuales o jurídicas y no serán negociables. Indica que deberán contener el nombre de quien las expide, la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extienden, el plazo de vigencia y si tiene validez nacional o internacional; siendo aplicable en lo que corresponda, las normas de las cartas órdenes. Por el financiamiento a través de tarjetas de crédito se aplicará la tasa de interés que se indica en el Artículo 757 bis del Código de Comercio.

A los créditos originados por el uso de las tarjetas de crédito, se aplicarán las reglas de los pagarés, a excepción de la tasa de interés convencional.

El objetivo general de la investigación es: Demostrar que las empresas emisoras de tarjetas de crédito cobran mora ilegalmente al no constar en el contrato, o no llenar los requisitos del requerimiento legal.

Los objetivos específicos son: Establecer la obligación de la empresa emisora de la tarjeta de crédito de hacer el cobro con puntualidad para que el cuentahabiente no pague intereses. Demostrar que se debe evitar la explotación, del cuentahabiente, de las empresas emisoras de tarjetas de crédito, al cobrar intereses corrientes e intereses en mora cuando intencionalmente remiten los cobros después de las fechas contractuales.

La hipótesis planteada para este trabajo fue: El cobro se considera ilegal por que el tarjetahabiente sólo puede caer en mora al incumplir alguna cláusula contractual referente al pago y que le sea imputable; la que fue comprobada en este estudio.

Esta tesis consta de seis capítulos: el primero, se refiere a los contratos, se definen, se analizan su relación histórica y se hace el análisis jurídico; el segundo trata de las obligaciones, se definen sus elementos, su vínculo jurídico, los sujetos y las fuentes de las obligaciones; el tercero, se basa en derecho mercantil, definiéndolo, se estudia el bosquejo histórico y se hace el análisis jurídico doctrinario; el cuarto se refiere a los contratos mercantiles y sus obligaciones, su forma, singularidad, distinción y características; el quinto, se desarrolla sobre la tarjeta de crédito, se estudian sus generalidades, antecedentes, clases y regulación legal; y, en el sexto, se estudia la mora y la ilegalidad del cobro, analizando la mora del acreedor y del deudor, su regulación en la ley civil guatemalteca y su ilegalidad en su cobro.

Los métodos de investigación que se tomaron en cuenta: Deductivo: Éste se utilizó en el estudio e investigación de los intereses en mora en las tarjetas de crédito, extrayendo de ellos las conclusiones para dar realidad a la investigación del por qué se realiza. Analítico: Con el objeto de establecer doctrinaria y jurídicamente las ventajas que puede ofrecer el control de las empresas emisoras de tarjetas de crédito, para tal efecto se recurrió al control del Estado para la defensa del cuentahabiente, evitando los cobros ilegales y que se les causen daños y perjuicios en su estado económico. La técnica de investigación utilizada fue la documental.

## CAPÍTULO I

### 1. Contrato

#### 1.1. Definición

Eduardo Vázquez Bote, manifiesta: “Contrato es el negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial”<sup>1</sup>.

Ocurre con el concepto del contrato lo que con algunas de las ideas más fundamentales del derecho: que, no obstante su aparente sencillez, encierran, sin embargo, una gran complejidad para lograr definirlos. Y es que, en realidad, para formarnos una idea exacta del contrato, es necesario situarnos en las principales fases de su evolución jurídica; pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano, por ejemplo, que el que se tenía de ella en la época liberal, y el que supone hoy día.

Los autores, sin embargo, no quisieron desprenderse de la sistemática tradicional; pero para no marchar de espaldas al nuevo orden de ideas tuvieron que desarrollar sus excepciones con una repetición de conceptos, cosa que, por otro lado, no podía resistir, claro está, los argumentos justos de una crítica serena.

Para paliar estos inconvenientes, podía seguirse en la doctrina un doble sistema: bien

---

<sup>1</sup> Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, pág. 239.

conseguir un emplazamiento más lógico y definitivo, por medio de un reajuste de materias, distribuyendo las mismas entre la esplendorosa parte general del derecho civil y la cada día más exigua teoría general del contrato, o bien hacer un estudio detallado y completo de la doctrina del negocio jurídico en aquella parte general; y luego, al desarrollar los capítulos contractuales, seguir un sistema de referencias y reenvíos.

La primera posición tenía el inconveniente de la diversidad de criterios que podían seguirse, en orden al correcto emplazamiento de las diversas materias, y por ello es más lógico y está más de acuerdo con los principios el segundo sistema.

Prescindiendo de los tiempos anteriores al derecho romano, -en los que el contrato sólo se manifestaba como una solución pacífica al *causus belli* provocado por el delito- y concretándonos al mundo jurídico, se observa que el contrato, en ese Derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad. Sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto era sólo el simple acuerdo, que por sí sólo no generaba acción ni vínculo obligatorio. Para que ésta convención se transformase en *contractus* era necesaria una *causa civilis*.

## **1.2. Relación histórica**

El derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (*consensus*),

que creaba un vínculo (iurisvinculo) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la causa civilis. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y se erige absolutamente en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

“En el plano filosófico, el iusnaturalismo racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad, al concurrir dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una primigenia transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un pactum unionis o como un pactum subiectionis). La época subsiguiente usó y abusó del concepto de contrato, tanto para justificar y garantizar ciertas libertades individuales, que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. Y, aunque ya Kant llamó la atención sobre el mero valor dialéctico de tales posiciones, la doctrina imperante aceptó con posterioridad el contrato como realidad palpable, usando el concepto para explicar y justificar cualquier situación”<sup>2</sup>.

En el derecho político, el contrato se manifiesta en la Constitución; en el penal, la

---

<sup>2</sup> **Ibid.** pág. 239.

sanción será la contraprestación al delito; en el internacional, el contrato o tratado se erige en fuente única del derecho; en el civil, el contrato explica y subsume todas las instituciones (matrimonio, relaciones paterno-familiares, adopción, sociedad, etc.).

En el derecho civil, respondiendo a su época, identifica el contrato como la manifestación típica, si no única, del negocio jurídico; conceptualización hoy superada. La idea del contrato como cruce de voluntades se modifica y orienta hacia su visión como yuxtaposición de intereses, acorde con una función económico-social. Los intereses de las partes ya no son opuestos, sino también vehículo de realización de un fin social superior. El contrato es instrumento para satisfacer intereses, pero conforme con un fin superior. No es ya el contrato expresión de concretos intereses, sino instrumento creador de relaciones unitarias en que aquéllos pueden también realizarse. Noción actual del contrato que se destaca con pensar simplemente en las contrataciones en masa, que afecta a millones de personas de un colectivo. Concebido como instrumento de realización social de intereses particulares de índole patrimonial, el tema que centra la importancia del contrato es el de su fuerza vinculante. No, naturalmente, su fuerza jurídica, pues ésta se deriva de la ley. Teorías las hay para todo tipo de gustos y satisfacciones, abundando las filosóficas, bien por remisión a un quimérico pacto social, bien como resultado de apreciar un mero interés individual.

El contrato no nace a la vida como una relación común, sino que, como todo acto humano, pasa por un proceso de gestación, que afecta al fondo mismo de la relación

que el contrato establece. El contrato surge a la vida cuando se exterioriza adecuadamente; pero, además, hace falta que el contrato se rija por normas jurídicas. Normalmente, las partes piensan en un contrato, para solventar una necesidad; deliberan sobre su contenido, sopesando ventajas e inconvenientes y, finalmente, suelen celebrarlo. Y esto ocurre incluso en los casos de actuación aparentemente automática.

La evolución del derecho romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la stipulatio, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriores señaladas.

De esta forma se llega a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que se ha vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida únicamente y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada: por la abstención del Estado frente a los diversos tipos de contratos creados por la autonomía



de la voluntad; por el sentido huero de justicia intrínseca, puesto que solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista, etcétera.

### **1.3. Análisis jurídico**

En la presente época parece más sensato remitirse a la sociología: la eficacia del instituto no deriva de otra causa que no sea la eficacia que las convenciones sociales implican para el hombre. Ya se acepten por motivos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto el cual es, que las sociedades, los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir un mínimo de actividad cooperativa, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Tal valor podrá ser mayor o menor, aumenta su eficacia o apreciarla en crisis; pero se busca asegurar y proteger ese valor mediante la actuación colectiva que, con el tiempo, evita la imperativa reacción violenta que la frustración del acuerdo implica y provoca, y pueda subsistir mediante la remisión a un organismo adecuado de la función que guarda. Cuando esa actividad de cooperación se expresa por medio del derecho, es claro que el ordenamiento acepta el carácter de la autonomía privada y particular, que se expresa en convenciones y contratos, que, por tal admisión del derecho, operan como supuestos fácticos, normativamente considerados y generadores, por ello y en cuanto a ello, de relaciones jurídicas, las cuales provocan por sí mismas sus correspondientes efectos, siendo uno el carácter vinculante para las partes que en ellas han acordado.

Tal fuerza vinculante se ha manifestado de diversos modos, dando lugar a una pluralidad de sistemas de contratación. El primitivo, o religioso, aseguraba el cumplimiento mediante el temor a la intervención de lo divino, que obliga a practicar la realidad contractual con sujeción a un rito religioso, cargado de solemnidades rituales, ceremonias, que hagan su efecto de atemorizar a quien el acuerdo infrinja; rituales que se mantendrán, perdido su significado religioso, luego de una avanzada evolución jurídica.

El contrato más moderno del derecho civil es, asimismo, desenvolvimiento del anterior, en que el ritual religioso ha sido sustituido por una no menos complicada ceremonia civil, rígida en su realización, en sus manifestaciones y en su alcance. Un progreso se manifiesta con el influjo del cristianismo, quien elevando la interioridad de la conciencia al máximo rango pudo pretender asegurar la eficacia de los contratos en el hecho de la sola convención que les da existencia, con independencia absoluta de los rituales (presentes, no obstante, en el mecanismo de capacitación de la conciencia de las partes), que facilitó la energía del contrato, al hacerle vinculante, aunque no constase su existencia. El sistema implica, no obstante, un riesgo: la dificultad en la falta de prueba y, con el atemperamiento de las creencias religiosas, la frustración del contrato mismo. Se abre pues, paso, a la constatación de los acuerdos por medios sencillos y rápidos (exigidos por un tráfico cada vez más frecuente y extendido), constantes e indubitados (escritura, testificación, fehaciencia, incluso constatación en un registro o archivo públicos).

Actualmente pueden considerarse como criterios o principios, en que se mueve la contratación, los siguientes:

- **Libertad de conclusión.** Cada persona puede o no celebrar un contrato. Hecha abstracción de los imperativos de vida y, también y cada vez más, de las situaciones de monopolio en oferta de medios para satisfacer necesidades, quien contrata lo hace porque así lo estima. Pero se produce una intervención de la colectividad por medio del Estado, bien para homologar el tráfico y evitar francos y exagerados desequilibrios, bien para imponer al monopolista de los medios de satisfacción la contratación ante la demanda. La masificación de la vida explica que, con frecuencia, en el contrato del caso concreto deba adecuarse en su realización, a momentos, circunstancias e incluso en su realización, a circunstancias e incluso contenidos previamente determinados, en todo o en parte.
- **Libertad en la determinación del contenido contractual.** Las partes pueden estipular lo que crean conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, ni pueden usar del contrato para ir más allá de lo que la ley autoriza (por lo que son nulos los pactos que transgredan el límite). Asimismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a contenidos mínimos para cada parte (condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme a criterios legalmente fijados (contratos de adhesión).
- **Libertad formal.** Por regla general, las partes determinan qué forma ha de tener el

contrato, si simplemente oral, escrita en documento privado o constatado en documento público. Aunque para trascender el alcance contractual respecto de terceros es normal reclamar una difusión del mismo por su incorporación a un servicio público (ventas a plazos, etc.).

El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, tratos preliminares, que tienen de suyo peculiar eficacia. Se ha dicho que los tratos preliminares, precisamente por serlo, carecen de efecto de Derecho; orientación que ciertamente, no ha sufrido sensibles modificaciones entre los autores. Ahora bien, que los tratos no obliguen al contrato, no significa que sean jurídicamente irrelevantes, pues generan otros alcances, conforme al principio general de buena fe al que están sometidos.

Según Puig Peña, “Si los contratos han alcanzado un estadio tal, que puede estimarse razonablemente, y conforme con un entendimiento normal, que se llegaría a la celebración del contrato, quien desiste de ello sin causa justificada, debe responder de los daños causados ante la creencia de la otra parte de que el contrato nacería y por gastos realizados en función de esa misma creencia, o por otros perjuicios”<sup>3</sup>.

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual, o sui generis y con propias reglas. Se apunta como dominante la tesis de considerarla extracontractual, estimándose el tema de

---

<sup>3</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, tomo III, pág. 330.

escasa relevancia, al tratarse de una cuestión de prueba y de un recto planteamiento del problema, concebido como relación jurídica de confianza, que impone recíprocas obligaciones; o considerado como expresión de dos situaciones sin conexión, que impone un deber de respeto en general de abstención, pero también en actuación positiva de lealtad, de aclaración, etc.

El derecho civil concibe la situación preliminar, oferta y aceptación, como dos momentos independientes, aunque necesarios para que surja el contrato. La oferta, como manifestación subjetiva de un contenido objetivo con un destinatario concreto (o genérico), por ser así, la doctrina y jurisprudencia suelen afirmar que no hay alcance vinculante si no hay aceptación. Pero sería absurdo admitir que quien ofrece no lo hace con intención de que se le acepte, lo que implica, al menos, la permanencia de esa oferta el tiempo necesario para ello; bien porque ese tiempo se fije por el propio oferente, bien por criterios sociales de comportamiento.

La aceptación por referirse a la oferta, reclama la correspondencia íntegra (pues, de no serlo se ofrece como contraoferta) y ser referida a la persona del oferente, expresa o, circunstancialmente, de modo tácito dentro del plazo fijado para la efectividad de la oferta; y, en su defecto, dentro del período que se estime socialmente normal. Concurriendo oferta y aceptación, surge el contrato perfecto, generando entonces sus efectos típicos.

“Con relación a sus clases, los diferentes contratos varían conforme a los criterios utilizados para su distinción. Quizá la más sucinta y técnica, que toma como punto de partida las modalidades de cooperación humana y sus alternativas, sea la de BETTI, quien distingue los contratos que tienen por fin el desarrollo de una actividad, los que tienen por meta el resultado de esa actividad ajena, y los que pretenden el aseguramiento contra un riesgo”<sup>4</sup>.

Al constituirse en la técnica alemana la figura central del negocio jurídico, con trazos singulares y rasgos definidos que la presentaban con autonomía, tanto en su estudio como en su íntima consideración, pareció lógico que la teoría general del contrato, inserta en códigos, y tratadistas como un estudio previo a los diferentes supuestos contractuales, fuese a ir desapareciendo por perder su razón de ser y motivo de existencia.

En un primer momento se consideró esencial, como necesario para obtener el efecto contractual, la observancia de una forma especial. Más tarde se reconoció como válidamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o mediante la transcripción de ellos en los libros de “data” y “haber” de todo pater familias. Por último, y como enlace con el derecho moderno, se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) bastase el solo acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales

---

<sup>4</sup> Fundación, **Ob. Cit.**, pág. 241.

(stipulatio dictio dotis, operarum iurata promissio), cuya causa, como consistía en el empleo de las palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta, en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que se supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Sobre este particular, tengamos en cuenta las consideraciones que a continuación reseñamos:

- Los hombres, en efecto, para la satisfacción de sus necesidades -tanto de orden primario como de matiz accesorio- entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entrecruce de toda su intensa y variada actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual no pueden aquéllos vivir en el trato con sus semejantes. Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás: relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión, etc.
- Pero un sector de las mismas queda acotado, desde el momento en que el objeto de ellas tiene un interés jurídico. Entonces el derecho se hace ya entrando en el terreno

del contrato que tiene, de momento, aquel basamento inicial-convención-y un polo especial de referencia -objeto con interés jurídico.

- Muchas veces el derecho -tanto científico como legislado- se detiene ante ese umbral. Ve el contrato en eso, y no quiere seguir indagando. Si hay una convención y ésta tiene un interés jurídico, se está ante un contrato, cualquiera que fuesen los designios de las partes; bien se muevan éstos en el ámbito patrimonial, bien trasciendan del mismo para integrar relaciones de familia o incluso acuerdos de propia sustancia pública. El antiguo código italiano decía a este respecto que el contrato era el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico. Y algunos autores, coincidentes en esta primera acepción, decían, que el contrato era el acuerdo de dos o más voluntades, dirigidas a producir efectos jurídicos.
- Pero las insistentes investigaciones de la doctrina cuidaron de seguir describiendo trazos, para perfilar mejor la figura del contrato. Bien que éste sea una convención con un interés jurídico; pero es necesario algo más, pues este objeto con interés jurídico hay que concretarlo todavía para que se pueda obtener con precisión el propio campo del contrato. Entonces surge una expresión: la constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial. Este criterio se entronca en cierto sentido con el derecho romano, toma asiento legal en la época de la codificación y es seguido por la mayoría de los tratadistas, que tan finalmente representa la que se pudiera llamar doctrina nacional, al definir el contrato como aquella convención



jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar o hacer.

- Este criterio general de considerar el contrato como el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio, se ha sometido a revisión últimamente. Hoy día, en efecto, se entiende que el contrato puede ir dirigido no sólo a la creación de ese vínculo obligatorio, sino también a la modificación o extinción del mismo.

El criterio es correcto y ha merecido el beneplácito de la más selecta doctrina. En efecto, el contrato es negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico del contenido patrimonial o económico. Ha recibido consagración legal esta doctrina que define el contrato que es aquel acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.

- Un fino examen del basamento jurídico del contrato ha hecho ver, finalmente, que es preciso delimitar su concepto con una sugerencia especial, porque acuerdo hay en todos los actos jurídicos plurilaterales, y, sin embargo, el contrato es sólo una especie de ellos. A tal efecto se ha establecido que el contrato representa una coincidencia de intereses opuestos. Las partes tienen motivaciones diferentes, que se unen en el punto crucial del contrato. Entonces el contrato propio sensu en el llamado acto colectivo, que se integra por una suma de voluntades concordantes o paralelas, como sucede, por ejemplo, con el acto constitutivo de una asociación.

Tampoco es contrato aquellas situaciones en las cuales la norma se crea por un sujeto y las obligaciones resultantes se aceptan por otro u otros, como acontece, por ejemplo, con las subastas. La dogmática de esos actos complejos suscita modalidades interesantísimas, cada día de más acusado perfil, cuyo estudio corresponde a la parte general del derecho civil. Sólo se trata aquí su línea diferenciativa, para recoger su distinción del contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones, se puede definir el Contrato diciendo que es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

El Contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, no cabe duda que procede adscribir su criterio a la tesis obligacional pura, de sabor clásico y que reduce el contrato al acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio. Sin embargo, la técnica no estorba para admitir la concepción obligacional amplia y moderna, incluyendo contratos típicamente modificativos y extintivos.

El concepto que del contrato tenía la doctrina dominante en el mundo, como consecuencia del liberalismo, ha registrado honda crisis, puesto que se ha intentado cambiar fundamentalmente hasta los pilares y paredes maestras de la figura contractual. Porque si bien sigue siendo la voluntad concordada la piedra angular de la

construcción, sin embargo entran ahora en el concepto del contrato elementos nuevos, que le dan una particular fisonomía. La conceptualización del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas queda, en efecto, modificada, pues que a la oposición de intereses o a la distinción de los mismos, sustituye hoy la yuxtaposición de aquéllos. Es decir, que los intereses de las partes no parecen contrapuestos y en lucha incesante de uno contra otros, aparentemente resuelta en la síntesis del contrato, sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en un radio común: el servir a los intereses de la comunidad. El contrato, pues, es un medio de satisfacción económica, que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad, para el bien común. El protagonista del contrato es ahora la comunidad; los individuos pactan, sometidos a la suprema conveniencia de ésta; los intereses se supeditan a lo que el bien común reclame, y en vez de manifestarse el contrato como expresión de apetencias particularistas, efímeramente conjugadas hay que entenderlo como fuente creadora de una relación nueva, unitaria, fecunda, inspirada por el pensamiento de comunidad, basada en principios de fidelidad y buena fe y justificada en los rigores por consideraciones de mutuo miramiento y atención inexcusable a las circunstancias accidentales.

El sistema de contratación equivale a buscar el principio supremo, a cuyo calor se han desenvuelto las transacciones; la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se cobijan y desenvuelven los contratos reconocidos de una legislación. Todos los pueblos no tienen la misma psicología ni todas las épocas se desenvuelven bajo el mismo signo;

hay un mundo de concepciones que varía de nación a nación, de era a era. Por eso cada país -y, en definitiva, cada legislación- tiene un punto de vista distinto, un criterio diferente en orden al momento formal en que puede decirse que el contrato existe. Esto da lugar a los sistemas de contratación, definidos por civilistas como los diferentes criterios con que cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos.

Desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es el rigurosamente formalista, caracterizado por la existencia de determinadas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos. Es el propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor típicamente religioso que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo momento, un matiz civil del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica.

El derecho romano, sobre todo en la primera época, no admitió que la mera voluntad de las partes contratantes bastase en principios para engendrar una mera obligación. Era necesario que aquella se manifestase a través de las fórmulas solemnes del contrato verbal; por medio de las transcripciones típicas del contrato literal o con el complemento de la entrega de los contratos reales. Únicamente admitió una especie de contrato (los consensuales) que, por la trascendencia e importancia de la relación, podían quedar perfectos por mera voluntad. Las convenciones que no respondiesen a

estas causas civiles eran pactos nulos, desprovistos por completo de acción. Algunos de éstos, sin embargo, determinaron en su eficacia algunas consecuencias civiles (pactos vestidos), por estar agregados a contratos de buena fe (pacta adiecta), o por reconocimiento del derecho pretorio (pacta praetoria), o de las Constituciones imperiales (pacta legitima).

El derecho romano queda, pues, adscrito al sistema formalista civil, con las atenuaciones que suponen los contratos consensuales y los pactos vestidos, que representan el tránsito al sistema consensual.

El derecho germánico es también predominantemente formal y simbólico en igual -o quizá mayor- intensidad que el romano.

Pero los inconvenientes de este sistema saltaban a primera vista. El formalismo iba bien, mientras las relaciones de obligación no presentaron caracteres de complejidad; pero el apretado mecanismo de la forma resultó anacrónico en cuanto se aumentaron de la vida civil. Aparte de esto, ahogaba las iniciativas de los particulares, y, en definitiva, tiranizaba la libertad del tráfico. La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales representa, un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse hacia el principio del consentimiento. Éste, sin embargo, caracterizado porque sólo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que queda

expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la misma vida del pueblo, consciente de las desventajas del sistema anterior, y adquiere consagración legal en el derecho con la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual será valedera la obligación o el contrato que fueran hechos en cualquier manera que aparezca que por el mismo se quiso obligar a otro a hacer contrato con él. Esto es, la desaparición del formalismo, el límite del simple consentimiento.

Pero el sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios e imprecisión de las relaciones. Se debe considerar como un mecanismo proteccionista en una sociedad en descomposición de elementos, la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. Por lo mismo que la forma es enemiga declarada de arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho.

Quizá estas afirmaciones envuelvan algo de exageración; pero lo cierto y verdad es que en los tiempos modernos las legislaciones no aceptan el sistema consensualista en su forma pura, sino que se observa una vuelta a los sistemas de forma, como garantía -singularmente- de los terceros y de la seguridad del tráfico. Ello ha dado nacimiento al sistema de la forma escrita, en el cual, para evitar la imprecisión que surgiría de los

contratos confiados sólo a la prueba testifical, se exige que la manifestación de la voluntad que comprobada en un cuerpo de escritura más o menos trascendente.

Este sistema recibió el favor de la doctrina, por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente. Además, la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.

Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los códigos más recientes. Con arreglo al mismo, por regla general, los contratos quedarán perfectos por mera voluntad; pero en algunas ocasiones se exige una determinada forma de prueba, bien de solemnidad, bien probaciones.

## CAPÍTULO II

### 2. Las obligaciones

#### 2.1. Definición

“Relación de vínculo o tensión para conseguir un fin económico social, determinada por las partes y cuyo objeto es dar, hacer o no hacer alguna cosa”<sup>5</sup>.

Desde dos puntos de vista se puede definir el derecho de obligaciones como: objetivo y el subjetivo. Desde el punto objetivo es “aquella rama del derecho integrada por el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derechos de crédito. Desde el subjetivo, es: “la suma de atribuciones y deberes que surjan de las relaciones jurídicas creadas con ocasión de estos derechos”<sup>6</sup>.

#### 2.2. Elementos de la obligación

Un atento estudio de la relación obligatoria hace ver en ella una variedad de elementos de diverso matiz y fisonomía, cuyo examen tiene particular importancia, pues, en ocasiones, la propia validez de la obligación dependerá de que los citados elementos funcionen con los requisitos que tanto la doctrina como el derecho positivo exigen para

---

<sup>5</sup> **Ibid.**, pág. 693.

<sup>6</sup> Puig Peña, **Ob. Cit.**, pág. 14.



su perfecta configuración. Por estas consideraciones, se hace un examen detallado de los mismos.

El análisis de la relación obligatoria descubre la cooperación colateral de los sujetos activos y pasivos o elementos personales de la obligación; el punto material de confluencia entre ambos, integrado por la “prestación”, y que viene a constituir el elemento real de la misma y finalmente, un vínculo que unifica los anteriores elementos del campo del derecho.

### **2.3. El vínculo jurídico**

“Entre el sujeto activo y el pasivo de la obligación media un vínculo o relación de derecho, por cuya virtud el deudor queda ligado para con el acreedor y obligado, por tanto, a satisfacer la prestación prometida. Pero ¿en que queda obligado el deudor? He aquí una interrogante, que envuelve todo el problema de la naturaleza del vínculo obligatorio y que aún hoy se encuentra sin resolver a satisfacción unánime de la doctrina. Una antigua tesis, que se pudiera denominar tradicional, sostiene que el vínculo tiene el efecto de producir una verdadera y propia sujeción de la persona del deudor, construyéndolo, por tanto, como una relación de persona a persona”<sup>7</sup>.

Esa tesis hoy abandonada, aunque no unánime, llega a concebir la persona del deudor como el objeto propio de la obligación, lo cual resulta totalmente inadaptado a los

---

<sup>7</sup> **Ibid.**, pág. 32.

tiempos modernos, ya que la libertad del deudor no puede sufrir merma por la constitución del vínculo obligatorio; y lo prueba el hecho de que el deudor puede, violando la obligación, no cumplirla, sin que el acreedor tenga facultad en ningún caso para ejercitar la coerción física en la persona de aquél. Esta teoría, que gozó de predicamento hasta mediados del pasado siglo, fue sometida a profunda revisión entablándose la polémica en la doctrina.

Por contraste con la proyección sobre la persona del deudor, surge la doctrina que sostiene que el vínculo es una relación entre el patrimonio de aquél y el derecho del acreedor.

Polacco, citado por Puig Peña, concibe “la relación obligatoria como un vínculo entre dos patrimonios”<sup>8</sup>. Esta doctrina peca por el riguroso criterio opuesto, pues ¿Cómo se puede prescindir en absoluto de la persona del deudor? Piénsese que la relación se constituye entre personas; que sólo el deudor puede realizar la prestación cuando el objeto de la obligación consiste en una acción de carácter personal y no patrimonial, y que, en definitiva, la satisfacción del crédito es debida por el deudor y hacia él y alrededor de él debe girar la pretensión del acreedor.

La violencia del criterio opuesto hizo surgir doctrinas de un matiz u orientación intermedios. A este respecto, se presentaron por algunos tratadistas teorías en las que

---

<sup>8</sup> **Ibid.**, pág. 32.

no acaban de desprenderse el elemento personal, aunque dándole un valor distinto del puramente tradicional.

Asimismo, Brunetti citado por Puig Peña, sostuvo que: “el acreedor no tiene un propio derecho sobre el deudor, sino sólo un derecho frente al Estado para que éste ponga en marcha el aparato judicial, con el fin de doblegar la resistencia del deudor, asegurando de esta forma la satisfacción de su interés económico”<sup>9</sup>.

Carnelutti, en una posición originalísima, pero dura y ciertamente criticada manifiesta que: “el vínculo no se dirige contra la persona del deudor en el sentido de que éste haga, entregue o deje de hacer algo, sino en un tolerar o sufrir la acción del acreedor para tomar la cosa debida, si figura en su patrimonio, o su equivalente económico”<sup>10</sup>.

Parece ser que en la actualidad se acoge con mucha simpatía la doctrina que trata de resolver el problema acudiendo al expediente común de la distinción entre ***debitum y obligatio***, deuda y responsabilidad.

#### **2.4. Los sujetos**

La obligación constituye una relación jurídica y ello, lógicamente, supone el enlace entre, por lo menos, dos personas: el llamado sujeto activo y acreedor (Creditor, reus

---

<sup>9</sup> **Ibid.** pág. 32.

<sup>10</sup> Carnelutti, Francesco. **Apuntes sobre obligaciones**, pág. 617.

stipulandi), que es el señor del crédito, y, por tanto, el que tiene derecho a exigir y recibir la prestación en que la obligación consiste, y un sujeto pasivo o deudor (debitor reus promittendi), que es el obligado a realizar; es decir, aquel sobre quien pesa el deber de desarrollar cierta actividad en beneficio del acreedor.

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

Consideración cuantitativa de los mismos. Tanto el lado activo como el pasivo de la obligación pueden estar integrados o bien por una sola persona que es el fenómeno común y corriente o bien por varias; dándose entonces lugar a las llamadas obligaciones, que pueden serlo por el lado del crédito, de la deuda, o por ambos polos a la vez. Sin perjuicio de estudiar más adelante estos supuestos de pluralidad de sujetos, se dirá por ahora que estas obligaciones pueden ofrecer los aspectos siguientes:

- Obligaciones pluripersonales, bien del lado activo como el pasivo, en las que los sujetos situados en uno u otro plano aparecen unidos por la disyuntiva de entregar tanto al acreedor como al deudor. Éstas son obligaciones disyuntivas, que los tratadistas discuten sobre si deben regirse por las reglas de las obligaciones condicionales, de las solidarias o, más bien, atender a la intención de las partes para

disciplinarlas.

- Obligaciones subjetivamente conjuntas, en las cuales los sujetos aparecen enlazados por la copulativa, en las cuales los deudores, dos o más, deben entregar al acreedor. Estas son las llamadas obligaciones conjuntivas. Pero esa conjunción puede presentarse de dos maneras:
  - a) Una conjunción de mera apariencia, existiendo en realidad diversos créditos o deudas. Éstas son las obligaciones llamadas mancomunadas simples, en las que cada acreedor no puede impedir, ni cada deudor tiene que prestar, nada más que la parte que le corresponde en la obligación, no se puede reclamar del deudor nada más que la parte proporcional de la deuda.
  - b) Una conjunción de mayor intensidad jurídica, estableciéndose la obligación de tal manera que cada acreedor puede impedir, y cada deudor tiene que prestar el contenido íntegro de la prestación, por lo cual los acreedores tiene una titularidad plena de cobro, y los deudores una obligación absoluta de pago. Éstas son las obligaciones llamadas solidarias porque el acreedor puede exigir el pago a varias personas.
- Obligaciones subjetivamente conjuntas, en las cuales la naturaleza especial de la prestación sobre las personas ofrece un particular enlace. Éstas son las obligaciones indivisibles, en las que la calidad de la prestación no admite fraccionamiento, so pena de dejar insatisfecho el interés del acreedor como, por

ejemplo, la obligación de entregar una mesa, que no se puede realizar entregando sus partes.

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

a) Completa y absolutamente determinada: Esto es lo que se pudiera llamar el supuesto general y más común, ya que lo lógico es que al contratar se precise bien quién es el que tiene derecho de exigir y el que tiene la obligación de prestar. Por consiguiente, estando ya determinadas las personas, para que pase esa obligación en el lado activo o en el pasivo a terceros, será necesario que se realice la transmisión del crédito o de la deuda.

b) Perfectamente determinada una de las partes en el momento de crearse la obligación, pero determinada la otra que, no obstante, se fijará de acuerdo con las bases o elementos en ella establecidos: El supuesto de indeterminación es más frecuente con respecto al acreedor, ya que parece esencial a las obligaciones el tener un sujeto pasivo determinado; pero ello no obsta para que se pueda dar una inicial indeterminación del deudor.

Aquella, sin embargo, es como se dice las más frecuentes; y son ejemplos singulares de la misma la disposición testamentaria hecha en favor de personas inciertas, cuando puedan llegar a determinarse por algún acontecimiento, las

promesas de premios o recompensas al que realice ciertos trabajos o encuentre una cosa perdida, y los títulos al portador, en los cuales la figura del acreedor se determina por la posesión del documento.

Como dice Diego Díaz Pairó, “en este tipo de obligaciones, una vez que se determina la persona del deudor o del acreedor, su cualidad se adhiere a él, y para su transmisión o pase a otra persona sólo será menester la producción de un acto especial”<sup>11</sup>.

- Perfectamente determinados en un principio; pero las cualidades de deudor o de acreedor pueden pasar a otras personas, a medida que aquéllas van saliendo y las nuevas personas entrando en una relación con la cosa, en atención a la cual se ha constituido la obligación: Éstas son las llamadas obligaciones ambulatorias u obligaciones **ob rem o propter rem**. En ellas, como dice el mismo autor citado. No ocurre en el caso anterior, en que la obligación se adhiere a las personas que figuran en ella, sino que, establecida la relación obligatoria en atención a la relación de una de esas personas con la cosa, a medida que de ésta va saliendo la persona que primeramente estaba, entre otra en su lugar, pasando la obligación de unos sujetos a otros, fuera de toda transmisión de crédito o deuda. En el derecho romano existen varios ejemplos de las mismas en las obligaciones **in rem scriptae**, como la de reparar el muro en la **servitus oneris ferendi**, la obligación de pagar el impuesto, que debe satisfacer a quien se halle en posesión de fundo gravado, etc.

---

<sup>11</sup> Díaz Pairó, Diego. **Teoría de las obligaciones**, pág. 346  
28.

Algunos ejemplos de obligaciones **ob rem**; así, los copropietarios están obligados a los gastos de conservación de la cosa común, obligación que tienen en tanto y por cuanto son copropietarios; la medianería; la obligación que por convenio se establece de pagar el dueño del predio sirviente los gastos a que dé origen el uso de servidumbre, etc.

## 2.5. Fuentes de las obligaciones

Se ha dejado atrás el estudio de la obligación considerada en sí misma, en su ser, tal y como se presenta a la consideración del Derecho, con los trazos esenciales que la delinear. Al estudiar la biología de la obligación: es decir, cómo vienen a la vida, cuál es su dinamismo, su efectividad y las causas que motivan su muerte.

El nacimiento determina la llamada teoría de las fuentes; materia de rico contenido, sobre la que han polemizado, quizá con alguna demasía, los tratadistas. La cuestión viene desde los más remotos tiempos; pero, no obstante, cobra actualidad, por el constante renovarse, en virtud de las agudas aportaciones de la doctrina.

Fuentes de las obligaciones son “aquellos elementos por cuya virtud una persona aparece constreñida a realizar una determinada prestación”<sup>12</sup>. Acerca de cuáles han de ser esos elementos a los que el derecho objetivo vincula aquella consecuencia jurídica es sobre lo que gira todo el contenido de dicha teoría de las fuentes.

---

<sup>12</sup> Puig Peña, **Ob. Cit.**, pág. 48.



### **2.5.1. Origen histórico y desarrollo legislativo de la clasificación tradicional de las fuentes**

Al enfocar el problema de las fuentes de las obligaciones desde el prisma histórico de la codificación, se encuentra con que este movimiento legislativo recoge, y a su vez inspira, con el aditamento respetuoso de la ley, la llamada clasificación tradicional de las fuentes, que recibió consagración indiscutida a partir del derecho intermedio. Esta antigua clasificación se asienta en los términos fundamentales de: Contrato, cuasicontrato, delito y cuasi-delito. La empresa codificadora por principio y, sobre todo, por acatamiento a la ola de legalismo imperante añade a los cuatro términos tradicionales la ley. Y, así se forma la enumeración que hacen los códigos posteriores: las fuentes de las obligaciones son: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasi-delito.

Ahora bien ¿cómo se ha ido formando a través de la historia del pensamiento doctrinal y legislativo esta enumeración? La opinión moderna coincide en afirmar que la primera razón y causa de responsabilidad que aparece en la historia del constreñimiento humano, respecto a la sociedad o de los demás hombres, es el delito. En un primer momento, efectivamente, no está desarrollado el espíritu negocial; la naturaleza y modo de ser de los sujetos impide el desenvolvimiento de esta actividad, y, lógicamente, no había más fuente de obligación que la derivada de las ofensas y violaciones de la esfera jurídica de otro. Un nuevo paso se da con la iniciación de la

fase comercial: la sociedad entra en una vida más dinámica y ágil, la cual, junto a la estabilidad de las nuevas formas políticas, permite que al lado de aquella prístina fuente de la obligación se sitúe otra: el contrato. Esto explica que en los orígenes del derecho romano se dijera casi sentenciosamente: ***Omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto.***

Pero en esta fase de iniciación, el ***contractu*** no era sólo la convención generadora de obligaciones, y que como tal suponía el consentimiento mutuo, sino una palabra amplia de matiz impreciso, que encerraba en su concepto no sólo el contrato propiamente dicho, sino también todas aquellas estipulaciones que incluyen toda idea de acuerdo o consentimiento, como la gestión de negocios, el pago de lo indebido, la simple promesa, etc. Por eso, cuando una más depurada técnica encerró el ***contractu*** dentro de la esfera de la convención obligatoria, se cayó en la cuenta de que a su lado vivían otras instituciones que, si a él se parecían, no eran subsumibles correctamente dentro de su concepto. A la par, junto al delito propiamente dicho, enlazado con los principios de la culpabilidad dolosa, se hizo ver la necesidad de configurar otros hechos ilícitos de menor intensidad antijurídica. Estos hechos, ajenos, pero parecidos al ***contractu*** y al delito, se recogieron por Gayo en una rúbrica incolora, y que a modo de etcétera quiso completar la teoría de las fuentes.

Justiniano recogió la expresión, pero, descomponiéndola por vía de semejanza, consiguió dos términos de una mayor precisión.

Así se cierra la última fase del derecho romano, en este sentido. Pero las escuelas de derecho intermedio hicieron un reajuste de esta clasificación de cuatro miembros, crearon las figuras o categorías abstractas, sustantivando las expresiones romanas, y dándole un sentido que no tenían en el derecho de aquella ciudad.

Al llegar la codificación, se mantiene firme esta división cuatrimembre, pero se sigue cayendo en la cuenta de que todavía al lado del negocio jurídico, del acto ilícito y de las formas similares del cuasicontrato y cuasidelito, existían una serie de obligaciones, que no tenían por causa una de estas fuentes, sino que se imponían incontrastablemente por el legislador, atendiendo a motivos diversos. Entonces era la ley como una fuente adicional, aunque por el movimiento legalista imperante se coloca en el primer término de la seriación. El Código francés recoge la tendencia, y el italiano lo hace de forma definida, diciendo que las obligaciones nacen de la ley, del contrato, del cuasicontrato, del delito y del cuasidelito. En esta última fórmula se inspiró el Código Civil, aunque realizando algunas innovaciones en la terminología, pues el término clásico del cuasidelito se sustituyó por otra fórmula más ambigua. Estableciéndose que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

Se debe establecer las consideraciones siguientes:

- Que la enumeración consignada por el legislador en el mismo, constituye **numerus**

**clausus**, pues, según la jurisprudencia, las obligaciones no tienen otra causa u origen fuera de las señaladas.

- Que la regulación de las obligaciones contractuales debe presidir el disciplinamiento de los demás tipos de obligaciones, según se desprende de la amplitud y detalle con que se regulan aquéllas, en contraste con la simplicidad con que se estudian las demás, del precepto, y de las declaraciones de la Jurisprudencia.
- Que así como las partes tienen autonomía para crear los tipos de obligaciones que estimen conveniente sometiéndose tan sólo a las prescripciones prohibitivas establecidas por el legislador para restringir dentro del justo y equitativo el hasta soberano principio de la autonomía de la voluntad, las obligaciones legales tienen tipos específicamente señalados en la norma, sin que sea dable deducir una obligación legal que no se haya consignado anteriormente en un precepto legislativo. Como expresa Díaz Pairó, citado por Puig Peña: “constituye una tutela de la libertad individual, al excluir la imposición de obligaciones con el vínculo que éstas suponen por otra vía que la del procedimiento legislativo categórico y terminante”<sup>13</sup>.

Las obligaciones proceden:

- **De la ley:** La mayoría de los autores sostienen que el vocablo ley hace referencia sólo a la ley y, por ende, no será susceptibles de incluir dentro de su contenido

---

<sup>13</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.**, pág. 367.

otras fuentes legales, como la costumbre, las obligaciones derivadas de la ley no se presume. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en los Códigos o en las leyes especiales, parece ser que la costumbre no puede engendrar vínculos obligatorios. El criterio, sin embargo, es discutible, y Valverde dice que “teniendo según el mismo código fuerza jurídica la costumbre local, si las obligaciones que de ella nazcan no son legales, no se puede saber qué naturaleza pueden tener”<sup>14</sup>. Pérez González y Alguer se pronuncia decididamente por la admisibilidad de la costumbre como fuente obligacional, y, por otra parte, la jurisprudencia, pese el criterio, no parece que desecha abiertamente el problema.

Estas obligaciones son numerosas y nacen de los más variados supuestos de hecho: la relación de parentesco, la tutela, las relaciones de vecindad entre predios, la comunidad incidental, se han hecho varios intentos de clasificación; pero ninguno de ellos ha conseguido el favor unánime de la doctrina.

- **De los contratos:** como se ha dicho anteriormente, en la técnica del Código, las obligaciones contractuales son las más importantes y numerosas. En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, al decir en la sentencia de 16 de junio de 1972 que la fuente más importante de las obligaciones es la derivada del contrato. El criterio responde a la soberanía del principio de autonomía de la voluntad, que ha tenido categoría de axioma hasta los modernos tiempos. Hoy día está en crisis este principio, y las cortapisas que la doctrina y el

---

<sup>14</sup> Valverde, Carlos. **Los problemas en torno al nacimiento, adquisición, modificación y extinción de los derechos de propiedad industrial**, pág. 155.

legislador imponen al mismo, hacen pensar en que su soberanía va cayendo y quedando encerrada en sus justos límites.

Sobre el contrato generatriz de obligaciones, o sea, el contrato obligatorio (no el modificado o extintivo), así como los numerosos e importantes problemas que suscitan, se estudiará la teoría general de los contratos.

- **Del cuasicontrato (obligaciones cuasi-contractuales).** Se ha criticado duramente al Código por admitir, siguiendo los ordenamientos latinos, como fuente de las obligaciones, la figura del cuasicontrato; o sea, “aquellos hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado el autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”<sup>15</sup>. Efectivamente, esta categoría jurídica ha sufrido en los últimos tiempos tal crisis que, según la mayoría de los tratadistas, ha quedado casi desterrada del campo del derecho, y ello lo demuestra el hecho de que casi ninguna de las modernas legislaciones la haya admitido, así como la casi unánime hostilidad de la doctrina.

El derecho romano señalaba varios casos de cuasicontratos. El derecho actual sólo regula dos, que son: el pago o cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos. Estas obligaciones han de estar específicas y taxativamente determinadas en las normas, según el criterio anteriormente indicado en la expresión específica.

---

<sup>15</sup> Puig Peña, **Ob. Cit.**, pág. 53.

- **De los actos y omisiones ilícitos en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia.** La doctrina tradicional establecía la distinción entre los delitos y los cuasi-delitos, atendiendo a la forma más o menos intensa de la culpabilidad. El Código prefirió suprimir la antigua terminología, adoptando esta frase amplia, donde caben todas las fases de aquella culpabilidad.

El derecho, al insertar la particular o, contraponer los hechos ilícitos a aquellos en los que interviene cualquier género de culpa o negligencia. A primera vista parece que debe referirse tanto a la ilicitud civil como a la penal; sin embargo, se entiende que se refiere sólo a esta última. El primero de éstos hace referencia sólo a los hechos penales, y en segundo lugar, a las obligaciones que se derivan de los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, hace pensar que el delito civil debe estipularse. Por consiguiente, el delito y la falta penal son los hechos ilícitos. El delito civil y el cuasi-delito civil (dolo y culpa) se rigen por la ley.

## 2.6. Relación histórica

Eduardo Vázquez Bote, manifiesta: “ Etimológicamente **ob-bligare**, la obligación resalta el nexo o ligamen a que quedaba sujeto un deudor respecto de su acreedor, como garantía del cumplimiento de la deuda. La satisfacción del crédito se producía, o por el cumplimiento, o, en su defecto, por la satisfacción en y con la propia persona del deudor. Sólo tardíamente se admitió aquilatar la responsabilidad personal

proporcionalmente **Ley del Tali3n** y, mucho m3s tarde, su desviaci3n sobre los bienes como indemnizaci3n equivalente **litis aestimatio**, lo que caracteriza a la obligaci3n primitiva como dirigida a la novaci3n en caso de cumplimiento. Modernamente, por el contrario, se concibe la obligaci3n como una actividad cooperativa, dirigida a la relaci3n de la deuda original como derecho del deudor a liberarse (cumplimiento espec3fico), objetiv3ndose la responsabilidad en los bienes, y alent3ndose la idea del cumplimiento como actividad dirigida a liberar al deudor”<sup>16</sup>.

## 2.7. An3lisis doctrinario

La obligaci3n, como relaci3n jur3dica, se integra por dos momentos.

1. D3bito.

2. Garant3a.

- **D3bito:** es una relaci3n personal por cuya funci3n el deudor queda vinculado respecto al acreedor al cumplimiento de la prestaci3n comprometida. Adscrito a la categor3a general del deber jur3dico recae sobre el comportamiento de la persona, en cuanto exigencia que reclama cumplimiento (lo que la diferencia de la mera facultad y del imperativo estado de necesidad). El d3bito es, pues, expresi3n subjetiva del lado pasivo en una relaci3n de deber; se llama deudor al obligado, siendo su realizaci3n debida la prestaci3n, concebida como referencia a un contenido

---

<sup>16</sup> Fundaci3n Tom3s Moro. **Diccionario jur3dico Espasa**, p3g. 696.



patrimonizable (deuda pura, diferenciable de la deuda normal, a la que acompaña la relación de garantía).

- **Garantía:** (Llamada responsabilidad, en expresión o errónea o como pleonazgo), tiene por finalidad asegurar al acreedor el cumplimiento del débito. Por ello, el acreedor tiene facultad para dirigirse contra el patrimonio del deudor en caso de infracción del débito, lo que explica que sea la garantía el temor a perder un bien a título de satisfacción ajena, por no realizarse un evento esperado, o por efectuarse un evento temido por el sujeto activo.

La correspondencia entre débito y garantía expresa la historia del desenvolvimiento de la obligación. En una etapa primitiva, aquélla está ausente, pues la infracción del débito genera, inicialmente, la reacción *manu militari* del ofendido y de su colectividad respecto de la colectividad y persona del ofensor (como han demostrado Arango Ruiz y Betti, aunque las relaciones contractuales surgen en relaciones interindividuales e individualizadas, la forma de realizarse la contratación es siempre colectiva). La vindicta es la expresión de la garantía (que funciona como responsabilidad total y absoluta), hasta que desemboca en la composición de la compensación dineraria o la entrega del incumplidor, como situación del presente que nace al momento del incumplimiento del mismo. Posteriormente, se admitiría su previsión de futuro y, si el ofensor no pagaba la compensación, su propio se dirige contra él, o le abandona a la satisfacción del acreedor *manus iniectio*, por considerarse dicho comportamiento como delictivo contra la propia sociedad.

Será menester un desenvolvimiento histórico más largo y complejo para que la deuda se vea integrada con una relación independiente (negocio de garantía), bien cuando se contrae el débito, bien en un momento posterior (dicotomía que se aprecia claramente en la relación de garantía hipotecaria respecto del débito original, dicha abstracción de la garantía con el patrimonio del obligado principalmente): es el **nexum**, por el que el deudor o un tercero se vincula en aseguramiento de la deuda. Sólo luego de la **Lex Potelia, el nexum** personal es sustituido por fiduciario o garantía de terceros, (*vas, praes*) y, luego, por el *sponsor*. Finalmente, se admitió que el acreedor, en las convenciones reforzadas por *stipulatio* obtuviese una *missio in bona* como constreñimiento para acatar lo prometido. Más tarde, en un tercer momento la garantía surge directamente del débito, al aparecer, al convertirse el deudor en garante de sí mismo. La equivalencia de valores entre deuda y garantía (operando en ésta todos los bienes) se obtiene, pues, luego de siglos de lucha y de espiritualización del fenómeno jurídico, que no culmina sino en el tiempo, en que se suprime la prisión por deudas produciendo la total objetivación de la obligación y la equivalencia entre débito y garantía. Las situaciones en que dicha equivalencia no se produce (relaciones con débito, pero sin garantía sin débito, cual los afianzamientos en sentido amplio, como hipoteca y prenda por terceros, etc.; o, en fin, situaciones de no correspondencia, como las generadas en caso de responsabilidad limitada), son excepción a la regla general.

En su estructura, la obligación presenta los siguientes elementos:

- a) Sujetos.
- b) Objeto.
- c) Contenido

- **Sujetos:** Los sujetos de la relación obligatoria expresan dos partes, en que pueden ocurrir uno o más sujetos por cada una; el concurso de otras posibles partes se engloba en la genérica denominación de tercería, si repercuten sobre ellas los efectos de la obligación. A su vez, en cada parte pueden presentarse diversas modalidades de concurrencia. De los sujetos predica su determinabilidad o su determinación, pudiendo ser aquella directa o indirecta.
- **El objeto:** de la obligación es, técnicamente concebido, la prestación; que puede ser considerada, subjetivamente, en correspondencia con el comportamiento que debe desarrollar el deudor (el dar, hacer o no hacer); y, objetivamente, esto desde el plano de la utilidad que significa para el acreedor, concibiéndose entonces la prestación como socialmente típica.

Bajo esta perspectiva, las modalidades que adopta la prestación son: a) Desarrollo de una actividad, que es lo que el deudor debe y lo que el acreedor espera, según un criterio de diligencia o, eventualmente, conforme con un criterio técnico de habilidad, siendo lo relevante que se lleve a cabo la actividad, aunque la misma no satisfaga la expectativa subjetiva del acreedor (el abogado no tiene que ganar el pleito); b) Resultado de obrar ajeno, siendo la prestación una obra con utilidad

objetiva estimada; c) Garantía contra un riesgo, asumiendo el deudor una inseguridad o miedo del acreedor, otorgándole una seguridad en caso de surgir el siniestro; que se produce siempre que alguien sale garante por otro. No obstante, no es éste el enfoque superficial del Código Civil, que confundiendo la prestación con los objetos a que ésta puede referirse, considera, descriptivamente, que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa o servicio.

- Finalmente el contenido que se expresa por medio del vínculo jurídico, no es sino la relación entre acreedor y deudor formada por ese débito por los pactos particulares y la integración legal correspondiente.

Ha sido la doctrina imperante por muchos lustros, que las obligaciones se originan en una serie de fuentes; pluralidad fontana que la moderna doctrina reduce a dos: ley y negocio jurídico. Cambió drástico cuyo sentido debe resaltarse.

La consideración de las fuentes de la obligación referida a los contratos, cuasicontratos y actos u omisiones ilícitos, que en clasificación modélica se resumía a dos fuerzas, autonomía privada y delito, halla su origen en un fragmento romano, según el cual ***obligationes nascuntur, aut ex contractus, aut ex malefitio aut proprio quodam iure ex variies causarum figuris***; enunciación que reclama adecuada valoración que dé claridad al tema.

Originalmente el Derecho romano conoció obligaciones conformadas *iure civile*, actos solemnes (*nexum, sponsio*). Posteriormente aparecen como fuente de obligación una serie de actos determinados, también particulares y típicos como los anteriores, pero ilícitos (*delicta*), de carácter privado.

“El nacimiento del delito no genera obligación por su sola existencia y que, con origen anterior al *nexum*, no debe por ello confundirse su antigüedad con el momento en que, por abrir la puerta a un convenio de compensación, aparece éste, que no aquél, como generador de obligaciones”<sup>17</sup>.

“Posteriormente, junto a los *contractus*, Gayo enumera la variedad *causarum figurarum*, que advienen de modo particular. Así, se mantiene un origen tripartito de la obligación (*pactum*, delito que lleva al *pactum* y las diversas figuras), al cual Justiniano añadió una cuarta categoría, que, por correspondencia con los cuasi contratos, se calificó de cuasi delitos”<sup>18</sup>.

El derecho de la codificación añadió una quinta categoría: la Ley.

Pero la doctrina más reciente, observando la ley fija cargas o deberes, separa aquellas situaciones en que la realización de la hipótesis normativa se remite a la autonomía particular, de aquellas en que fija un determinado comportamiento. Éstas son las

---

<sup>17</sup> Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** pág. 694.

<sup>18</sup> **Ibid.** pág. 38.

cargas, aquéllas las obligaciones. La alusión a los cuasicontratos queda limitada a gestión de negocios ajenos y al cobro de lo indebido, cuya consideración negocial queda fuera de deuda. Y si se estima que los llamados cuasidelitos son comportamientos reclamados por la ley, queda claro que la ley y el negocio jurídico son las fuentes de la obligación, incluyendo en el concepto determinados deberes cuya infracción genera obligaciones.

No obstante, se discute si ciertos institutos concretos tienen energía para generar obligaciones, aparte de las dos fuentes enunciadas. En concreto, se discute respecto de la voluntad unilateral, con antecedentes en la ***pollicitatio, votum, ius iurandum, y auslobung*** alemana; esto es, respecto de aquellas situaciones en que se emite unilateralmente el compromiso de una conducta. Se responde que ésta, por no ir dirigida a nadie en concreto, solamente puede significar un contenido obligacional cuando es aceptada en cuanto oferta por otra parte, siendo entonces el negocio la fuente.

Sin embargo, en la propia ley no se ignoraba situaciones en que no se requería aceptación alguna para hacer eficaz una conducta unilateral. Aparte, y de otro lado, se admite que una oferta que no se proyecta en el tiempo impide la aceptación, por lo que se reclama una permanencia razonable, que no es otra cosa que una obligación surgida unilateralmente, que halla perfecto encaje en la doctrina dentro de los denominados actos propios.

Aparte, la realidad del tráfico, que se muestra, cada día con más abundancia, situaciones en que solo el sujeto se ofrece vinculado respecto de una generalidad, sin individualización.

## CAPÍTULO III

### 3. Derecho mercantil

#### 3.1. Definición

“Puede definirse diciendo que es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa. Esta síntesis conceptual reduce la función de la empresa a su verdadero carácter instrumental, que acepta de la teoría de los actos en masa y de la teoría de la empresa lo que ambas posean de exacta comprensión de la realidad, que resuelve en favor del empresario y en detrimento de la empresa la vieja polémica doctrinal y, en definitiva, con esta definición se afirma que el derecho mercantil es un ordenamiento especial de sujetos y actos o actividades profesionales, como lo fue en sus orígenes”<sup>19</sup>.

“Derecho mercantil, es el conjunto de leyes relativas al comercio y a las transacciones realizadas en los negocios. Entre estas leyes se encuentran las relativas a las ventas; a los instrumentos financieros, como los cheques y los pagarés; transporte terrestre y marítimo; seguros; corretaje; garantías; y embarque de mercancías. El Código de Comercio recoge todas las disposiciones del derecho mercantil y los conflictos se resuelven en tribunales civiles o en tribunales específicos aunque esto dependa de los países donde se produzca la disputa”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, pág. 322.

<sup>20</sup> Microsoft Corporation, **Encarta 2004**.



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

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

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional”<sup>21</sup>.

Para Rafael de Pina Vara el derecho mercantil es: “El conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en su ejercicio de su profesión”<sup>22</sup>.

Para Roberto Mantilla Molina, derecho mercantil es: “El sistema de normas jurídicas que determinan su aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y

---

<sup>21</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 16.

<sup>22</sup> De Pina Vara, Rafael. **Derecho mercantil**, pág. 254.

regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos<sup>23</sup>.

Barrera Graft, opina que el derecho mercantil es: “La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles<sup>24</sup>”.

Para Cervantes Ahumada, Mencionado por De Pina Vara, la materia del comercio que constituye al derecho mercantil comprende al comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, mercancía, títulos de crédito, etc.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, etc.)<sup>25</sup>.

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

### **3.2. Relación histórica**

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

---

<sup>23</sup> Mantilla Molina, Roberto. **Derecho civil y derecho mercantil**, pág. 132.

<sup>24</sup> Fundación Tomás Moro, **Ob. Cit**; pág. 345.

<sup>25</sup> De Pina Vara, **Ob. Cit**; pág. 134.

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

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

Los seres primitivos, hacen uso del trueque directo, es decir sus productos los cambian por otros como por ejemplo: pieles, flechas, eran cambiados por objetos de barro, semillas, etc.

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

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

En el año 20 antes de Cristo, se elabora el primer código que reglamenta varias instituciones del comercio, como por ejemplo: el préstamo por intereses, el contrato de

sociedades, etc. (Código Babilónico de Hammurabi).

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

Los egipcios, los griegos, los chinos realizaban una importante actividad comercial y por lo tanto elaboraron diversas normas sobre esta materia.

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

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

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

“El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la Historia, la

Sociología o la Antropología, enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de los actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades del núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para el consumo y sin ningún propósito de intercambio”<sup>26</sup>.

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

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

---

<sup>26</sup> Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 6.

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

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

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

En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedentes del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura.

“El derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las famosas Leyes de Rodas, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo. Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del derecho mercantil”<sup>27</sup>.

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

---

<sup>27</sup> **Ibid.** pág. 6.

Una de sus principales características distintas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos. Pero sucede que el comercio se ha caracterizado y sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin mayores formalismos. ¿Cómo podía entonces acogerse a un derecho tan rígido en sus mecanismos? El genio romano encontró la solución dándole facultades de interpretación casuística al Pretor, de manera que cuando aplicaba la ley Civil al comercio, debía observar las peculiaridades propias del fenómeno comercial.

“La rigidez de la ley se suplía con la elasticidad de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedentes a la idea de que el juez adapte la ley al caso concreto, particularmente en el ámbito del derecho privado. En resumen, no existió en Roma la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El *Jus Civile* era un universo para toda relación de orden privado”<sup>28</sup>.

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

---

<sup>28</sup> [WWW.paraprofesionales.com](http://WWW.paraprofesionales.com).



Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonoroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas y los pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante. La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que rodea el poder de incluir cambios radicales en la riqueza comercial.

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

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

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

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

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

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

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

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

En algunos casos se hizo en forma absoluta, como en los llamados países socialistas, y en otros regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía.

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

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

Cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía, particularmente en el mundo del comercio, no debe considerarse esa intención como una receta universal. Si una sociedad, como sucede en países considerados con atraso económico y social, existen con evidentes desigualdades, no es válida la tesis de convertir al Estado en un mero arbitro de los intereses que expresan la existencia humana. Habrá áreas de la vida de los ciudadanos en donde es una necesidad la intervención del Estado, tal el caso de la educación, la salud, la seguridad, la vivienda

mínima; pero no se justifica en actos de comercio; no debe ser acto de gobierno comercializar productos lácteos o granos básicos, transportar personas o cosas.

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

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

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

### 3.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco

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

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

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

El 15 de diciembre de 1883, la materia mercantil quedó federalizada, y el 20 de abril de 1884 se promulgó el segundo código de comercio de México independiente”<sup>29</sup>.

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

---

<sup>29</sup> [WWW.rinconjuridico.com](http://WWW.rinconjuridico.com).

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

“La capitanía general del reino de Guatemala estaba sujeta al Virreynato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. En esa cédula: se dispuso que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de más aceptación en Metrópoli. La cédula que creó el Consulado importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza”<sup>30</sup>.

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

---

<sup>30</sup> **Ibid.** pág. 12.

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

“Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las Leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio. El hecho de haberse formulado esos códigos para pueblos de idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que le restó positividad”<sup>31</sup>.

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

Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. En el año de 1877, al promulgarse los nuevos códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una ley especial de enjuiciamiento mercantil. La comisión redactora del código, al

---

<sup>31</sup> Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 12.



informar del mismo, asentaba: “La comisión no se lisonjea de que su proyecto sea original. En materia de legislación, y principalmente de legislación comercial muy poco o nada puede decirse de nuevo. La comisión lo que ha hecho es examinar las necesidades y las tendencias del comercio de la República, y buscar entre los códigos más reputados de Europa, y particularmente de América, los principios y reglas que mejor satisfagan las necesidades que mejor correspondan a esa tendencia. No ha destinado tampoco la comisión en sus trabajos los usos establecidos en el comercio de la república, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal, o el signo de un necesidad legal; o el signo de un progreso y conservado todos aquellos que deben respetarse por su tendencia a facilitar las transacciones comerciales y mantener la buena fe que siempre debe presidirlas.

A diversos autores del siglo XX corresponde la observación de que, sin negar variantes en el contenido de todos los actos y contratos mercantiles, se parecen por demás a los de índole civil; lo cual permite moldearlos unitariamente en un texto legal sin prescindir de las instituciones más específicas en regulaciones adicionales. Pese a lo certero de ese análisis, por inercia legislativa continúan en vigor los códigos de comercio de casi todos los países, promulgados en su mayoría en el siglo XIX<sup>32</sup>.

Menor éxito tiene la independencia de lo mercantil en lo procesal, donde el fuero comercial subsiste en pocos países, ante la evidencia de que los jueces comunes están

---

<sup>32</sup> Microsoft Internacional, **Diccionario encarta 2004**.

capacitados para el fallo de las cuestiones jurídicas del más variado contenido.

#### **3.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco**

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

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

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

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

realiza actos de comercio, es la habitualidad, es decir, el comercio es el medio de vida.

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

El plazo de la sociedad principia desde la fecha de inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Las sociedades mercantiles pueden constituirse por los plazos siguientes:

- **POR PLAZO DETERMINADO:** cuando se fija el momento en que la sociedad finalizará su actividad, aunque los socios pueden prorrogarlo;
- **POR PLAZO INDEFINIDO:** cuando los socios no señalan el momento de finalización de la actividad.

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

La denominación social, ésta que es propia de la sociedad anónima, pero que es

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

El domicilio es el lugar donde tenga su asiento principal la sociedad y debe determinarse en la escritura pública de constitución de la misma. En caso de que existan agencias o sucursales de la sociedad, las sedes de éstas se considerarán el domicilio de la misma, aún cuando se encuentren en lugares distintos del domicilio social, para los efectos legales de los actos o contratos que las agencias o sucursales celebren o ejecuten.

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

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

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

Las aportaciones no dinerarias pueden ser de diversa naturaleza: inmuebles, muebles, patentes de invención marcas de fábrica, nombres comerciales, valores inmobiliarios, acciones, créditos, estudios de prefactibilidad y factibilidad, costos de preparación de la empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que sean susceptibles de valoración pecuniaria; no aceptándose como tal las simple responsabilidad del socio, que se daría, por ejemplo, en el caso de que se conviniera en forma simple que un socio aporte sólo un compromiso de responder de las obligaciones sociales, lo que no es permitido por la ley porque sería un aporte ficticio.

## CAPÍTULO IV

### 4. Contratos mercantiles

#### 4.1. Obligaciones mercantiles

“Contrato mercantil, es el peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”<sup>33</sup>.

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

---

<sup>33</sup> Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 356.

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

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

En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.

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

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

#### **4.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado**

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

En cuanto al perfeccionamiento: hay cuatro teorías, a saber:

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



recepción.

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

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida).

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

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

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

1.- Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario; 2.- Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos.

#### **4.3. Singularidad de los contratos mercantiles**

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

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

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

El Código Civil se inclina por el último mientras que el de comercio por el primero al

afirmar que los contratos se perfeccionan desde que se contesta la propuesta por correspondencia. En este sentido se puede hablar de contratos electrónicos o digitales, que son los más modernos hasta el momento, en los cuales se pueden hacer negociaciones a larga distancia, es decir, entre países de diferentes continentes, existiendo claves para su realización.

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

- La forma del contrato es libre, carente de solemnidades como lo regula el Artículo 671 del Código de Comercio.
- Se refiere a los contratos estipulados entre ausentes, personas que se encuentran a distancia (contrato por teléfono o fax). Para resolver el problema de cuándo se perfeccionan estos contratos, debe elegirse entre cuatro momentos: declaración de la aceptación; emisión de ésta al oferente; recepción por éste de la aceptación; o conocimiento por el oferente de la aceptación. Mientras que en el derecho civil elige el último momento para reputar perfecto el contrato entre ausentes, el derecho mercantil se inclina por el primero.

#### **4.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles**

##### **4.4.1. La obligación mercantil**

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

Según Vásquez Martínez: Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste acreedor le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación. Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al campo mercantil pues desde un punto de vista JURIDICO-ESTRUCTURAL no puede haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles. Básicamente la

nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

#### **4.5. Características del contrato mercantil**

- Es un contrato de cambio que procura la circulación de la riqueza dando una cosa por dinero (Artículo 1790 del Código Civil).
- Es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento. El Código Civil lo expresa al disponer que "el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". (Artículo 1791 del Código Civil).
- Es un contrato oneroso, puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y del vendedor.
- Es un contrato bilateral, desde luego que produce obligaciones recíprocas entre las partes (Artículos 1791, 1809 y 1825 del Código Civil).
- Es un contrato generalmente conmutativo, pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.
- Es un contrato traslativo de dominio, en el sentido de que sirve por sí solo para la transferencia de la propiedad. El artículo 1790 del Código Civil dice que el vendedor "transfiere la propiedad".

En lo mercantil, el objeto más frecuente y típico de la compraventa es la mercadería, entendiéndose por tal los bienes muebles en cuanto forman el objeto del tráfico mercantil. Es preciso también tener en cuenta que el Código de Comercio al referirse a las cosas mercantiles enumera a título de ejemplo y como expresamente regidos por él: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y los anuncios comerciales (Artículo 4o. del Código de Comercio). De consiguiente, otras cosas que no son mercaderías constituyen también el objeto de la compraventa mercantil, de tal manera que puede decirse que "toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables". En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil.

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

El contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas que los

contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución (Artículos 1579 a 1582 Código Civil). Tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio (Artículos 1583 y siguientes, Código Civil).

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

- Exigibilidad: La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine (Artículo 1283 del Código Civil). Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y

676 del Código de Comercio);

- Mora: Es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con su obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.
- Derecho de Retención: Es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.
- Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado.





## CAPÍTULO V

### 5. La tarjeta de crédito

#### 5.1. Generalidades

“La tarjeta de crédito o de compra es una modalidad de pago puesta en circulación, alrededor de 1969 al menos en diversos países americanos, por parte de los bancos, a favor de algunos clientes o conocidos por su relativa solvencia, por las cuentas que poseen o los cargos que desempeñan, contra los comerciantes que permite adquisiciones, hasta determinada cifra, sin desembolso inmediato, cuya percepción logra el comerciante del banco emisor, y que éste descuenta de fondos que tiene en su poder o que de alguna otra forma cobra sin dilación al titular de la tarjeta”<sup>34</sup>.

Se trata, en su materialización, de un plástico de dimensiones reducidas, para comodidad y conservación. Consta del número del socio o cliente, la firma y plazo de duración. En principio no hay límite de precios ni de productos. Una vez por mes, el cliente recibe un estado de cuentas, que si abona, le asegura la automática renovación. La característica de la tarjeta de crédito, constituye una especie de crédito anticipado, que en su materialización es una forma intermedia entre el pago al contado y a plazos, por cuanto la efectividad puede producirse en la jornada inmediata, si el comerciante

---

<sup>34</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 343.

procede activamente. Presenta la seguridad de no tener que llevar consigo sumas de dinero en efectivo, pero es una tentación para el derroche, puesto que la adquisición no exige la extracción anticipada o simultánea del dinero.

Tarjeta de crédito da derecho a comprar bienes y servicios a crédito en determinados establecimientos. Son emitidas por empresas como compañías petrolíferas, minoristas, cadenas comerciales, restaurantes, hoteles, líneas aéreas, agencias de alquiler de vehículos y bancos. Algunas tarjetas de crédito sólo sirven para una determinada empresa, pero otras tienen un uso genérico, y se pueden utilizar para una gran variedad de actividades comerciales. Ejemplos de estas últimas son las tarjetas de crédito que emiten los bancos en Europa, y que están muy difundidas. Los grandes establecimientos suelen aceptar siempre este tipo de tarjetas; se ha llegado a especular, incluso, con que en el futuro ya no será necesario utilizar dinero en efectivo. Con la entidad financiera de confianza la persona podrá elegir la tarjeta que mejor se adapte a sus posibilidades.

Las tarjetas de crédito son tarjetas de pago que le sirven de camino a una fuente de crédito. Son útiles porque le permiten pedir prestado, gastar o solicitar un plazo de préstamo. Sirven para hacer compras y pagarlas en fechas posteriores. Sus usuarios tienen límites con la cantidad a cargar, pero no se les requiere que paguen la cuantía total cada mes.

La mayor ventaja es la flexibilidad que le da al usuario, quien puede pagar sus saldos por completo en su fecha límite mensual o puede pagar una parte. La tarjeta establece el pago mínimo y determina los cargos de financiamiento para el saldo pendiente. Las tarjetas de crédito también se pueden usar en los cajeros automáticos o en un banco para servirse de un adelanto de efectivo aunque, a diferencia de las tarjetas de débito, se cobra un interés por la disposición, comisión y, en algunos países, un impuesto porque se trata de un préstamo.

Un pago con tarjeta de crédito es un pago con dinero M1 (dinero crediticio) que como todo agregado monetario distinto de M0 no es creado por los bancos centrales sino por los bancos privados o las tiendas que dan créditos. Por tanto, el hacer efectivo un cobro con tarjeta de crédito depende de la solvencia de la entidad emisora de la tarjeta. Ese dinero crediticio NO es del tarjetahabiente, lo tiene que pagar.

Cuando se compra con una tarjeta de crédito, normalmente la entidad financiera carga el importe en cuenta en cuanto al lugar en el que se efectúa la compra. Al dar autorización, separan la cantidad, pero la aplica hasta que se hace el cargo por la compra. Hay una modalidad de pago en la que se paga una parte de las compras cada mes. Puede ser sin intereses o con intereses, depende del plan. Si se toma el plan de pago sin intereses y no cubre el abono completo del mes, el saldo se convierte en una deuda común de la tarjeta y se paga intereses por él. Se suele cobrar una cuota anual por el uso de la tarjeta.

Cuando se paga con tarjeta en el comercio, el cobrador suele pedir una identificación (identificación personal, permiso de conducir, etc ) y exige la firma del pagaré o voucher para acreditar que se es propietario de la tarjeta. Existen algunas excepciones donde no se solicita firmar el recibo, a éste sistema se le denomina "autorizado sin firma" y suele utilizarse en comercios con grandes aglomeraciones de gente, como lo son cines, restaurantes de comida rápida y otros lugares similares.

En algunos países se solicita el ingreso de un NIP para autorizar las compras de manera presencial.

En caso de uso fraudulento hay que dar aviso por escrito a la entidad financiera o tienda que le da la tarjeta pidiendo que anule el cargo y seguir los trámites de cada institución. El emisor de la tarjeta debe demostrar que la compra ha sido hecha por el propietario.

Las compras con tarjeta de crédito pueden tener diversos seguros sobre el saldo financiado.

## **5.2. Antecedentes**

Las tarjetas de crédito aparecieron por primera vez en Estados Unidos en la década de 1930; su uso se generalizó en la década de 1950.

El mismo se atribuye a un neoyorquino que, en 1950, al intentar el pago de la cuenta de

un restaurante, comprobó que se había olvidado la cartera y tuvo necesidad de quedarse como rehén mientras la esposa volvía a la casa a buscar fondos. Si eso es histórico, presenta una fragilidad fundamental: quién asegura que el que se olvida una cartera no se olvide también esa tarjeta, que casi todos llevarán probablemente juntas.

La propaganda se inició por una cadena de restaurantes. Después, por iniciativa de un Banco de Carolina del Norte, empezó a difundirse desde 1954.

No pocos bancos utilizan como denominación de este documento el sufijo inglés Card.

### **5.3. Definición**

“Las tarjetas de crédito son títulos impropios expedidos en general por entidades de crédito que sirven como instrumento de pago en las adquisiciones de bienes y servicios en establecimientos mercantiles y como instrumento de crédito frente a la entidad emisora de acuerdo con lo establecido en el contrato de emisión”<sup>35</sup>.

Cuando se paga con una tarjeta de crédito, el vendedor toma nota del nombre del comprador y de su número de cuenta, así como de la cantidad gastada, y a continuación procede a comunicárselo a la oficina encargada de los pagos. Cada cierto tiempo, normalmente cada mes, esta oficina envía al tenedor de la tarjeta un

---

<sup>35</sup> Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 953.

comprobante de todos los gastos, exigiéndole el pago en efectivo o a plazos, mientras que paga directamente al vendedor.

Casi todo el trabajo relacionado con las operaciones realizadas mediante tarjetas de crédito está informatizado. A veces, el propietario de una tarjeta paga directamente el gasto efectuado, pero otras veces es el propio establecimiento que las acepta el que soporta la carga financiera del crédito. En este caso, el coste se incluirá en el precio de venta del bien adquirido por el propietario de la tarjeta de crédito.

Los emisores de tarjetas de crédito suelen cobrar intereses a los propietarios si estos no pagan las facturas al cabo de un mes. Un problema frecuente relacionado con las tarjetas de crédito reside en la facilidad con la que se pueden utilizar en caso de pérdida o robo, aunque la responsabilidad del propietario suele ser limitada.

Otro problema potencial es la aparición de tarjetas inteligentes que incorporan un microchip, o cualquier otro dispositivo de memoria digital, que permite obtener mucha información sobre el propietario (incluso su situación financiera). Estos adelantos técnicos pudieran plantear amenazas a los derechos fundamentales y libertades públicas, así como al derecho del consumo, a pesar de que su finalidad es garantizar la seguridad de las transacciones por internet, tanto para el comprador como para el vendedor.

Una tarjeta de crédito es una tarjeta de plástico con una banda magnética, a veces un microchip, y un número en relieve que sirve para hacer compras y pagar el préstamo en fechas posteriores.

#### **5.4. Clases de tarjetas de crédito**

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

- Tarjeta Aurora Mastercard: Para realizar compras y pagarlas fijando la cuota que desee pagar al mes.
- Tarjeta Visa Actual: Consigue, según el emisor, importantes descuentos en las compras que realice.
- Tarjeta Visa Adapta: Con el sistema de pago aplazado se puede establecer y modificar las mensualidades a pagar. Consigue descuentos en las compras que realice.
- Tarjeta VISA Inicia: Sin comisiones en cajeros.

El cuenta habiente puede realizar ingresos en su cuenta de una manera fácil, cómoda y segura, así como consultar todos los movimientos de su tarjeta.

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



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

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

La tarjeta de crédito con microchip, utilizada en algunos países (como Francia), fue desarrollada según las patentes del inventor francés Roland Moreno. Esta tecnología, en la que un circuito electrónico integrado a la tarjeta realiza la mayor parte de los controles de relativos al uso de la tarjeta, ofrece mas seguridad al usuario y al banco emisor. En efecto, el microchip integra dispositivos de protección electrónica que impiden su violación o la lectura sin autorización de las informaciones que contiene. Sin embargo, las tarjetas de crédito con microchip no están todavía utilizadas en la mayoría de los países.

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

## 5.5. Regulación legal en el derecho mercantil

El Artículo 757 del Código de Comercio, establece: “Las tarjetas de crédito deberán ser emitidas a personas individuales o jurídicas y no serán negociables. Deberán contener el nombre de quien las expide, la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extienden, el plazo de vigencia y si la misma tiene validez nacional o internacional, siendo aplicable a las mismas en lo que corresponda las normas de las cartas órdenes. Por el financiamiento a través de tarjetas de crédito se aplicará la tasa de interés que se indica en el Artículo 757 bis de este Código.

A los créditos originados por el uso de las tarjetas de crédito, se aplicaran las reglas de los pagarés, a excepción de la tasa de interés convencional”.

Por su parte el Artículo. 757 Bis del mismo cuerpo legal, estipula: “(Tasa de interés por el uso y manejo de las tarjetas en general). Las entidades emisoras de las tarjetas de crédito cobrarán al tarjeta habiente cuando haga uso del financiamiento tanto en moneda nacional como extranjera o su equivalente, la tasa de interés anual promedio ponderada de las operaciones activas que cobra el Sistema Bancario Nacional y que publica periódicamente la Superintendencia de Bancos, la cual podrá incrementarse hasta un máximo de cinco puntos porcentuales.

El incumplimiento de estas disposiciones por parte de las entidades emisoras, dará lugar a deducir responsabilidades civiles y penales que correspondan, sin perjuicio de otras personas que pudieren corresponder como resultado de la vigilancia e inspecciona que practiquen las entidades facultas para el efecto”.

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

Los daños y perjuicios a que este artículo se refiere, no excederán de la quinta parte del importe de la suma que no hubiere sido pagada, además de los gastos causados por el otorgamiento de la garantía” (Artículo 752 del Código de Comercio).

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

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

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

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

#### **5.6. Clonación de tarjetas de crédito**

En Guatemala de tres a cuatro casos de clonación de tarjetas de crédito o débito al mes en lugares de consumo reportan al Comité de Seguridad Bancaria, lo que ha llevado a la asociación de emisores de esos documentos a promover capacitación por parte de un experto de EE.UU.

En el año 2003 se iniciaron los casos de clonación, y no han cesado desde entonces, según lo menciona el subdirector del Comité de Seguridad Bancaria de Guatemala

(CSBG).

Para prevenir las estafas mediante la copia de los datos de tarjetas de crédito o débito, la Asociación de Emisores de Medios de Pagos (AEMP) patrocina cursos impartidos por un experto del servicio secreto de Estados Unidos sobre fraude con estos plásticos y falsificación de dinero.

La capacitación se hace para el sector de seguridad y justicia del Estado y sistema bancario.

Los delincuentes utilizan dispositivos para obtener datos de la banda magnética de la tarjeta y luego la clonan para efectuar retiros en efectivo.

Se tiene información de que una banda lleva algunos años operando en España y países de Latinoamérica, y en Guatemala se han estado dando casos.

Luis Reyes, jefe de la Sección de Delitos Económicos, de la Policía Nacional Civil (PNC), informó que los delincuentes coordinan con trabajadores de restaurantes, discotecas y otros negocios, para que éstos obtengan los datos con un dispositivo electrónico cuando los clientes pagan.

Kenny Vélez, experto del servicio secreto de Estados Unidos sobre estos temas y

especialista en seguridad de empresas de emisión de tarjetas de crédito y débito, es capacitador en Guatemala sobre el control de tarjetas de crédito.

Aunque no hay dato exacto de la cantidad de casos de clonaciones, se han reportado en Antigua Guatemala, la capital y áreas de Sololá. Los turistas son más susceptibles, debido a que permanecen poco tiempo en el país y es más difícil que se percaten de la clonación.

Las tarjetas de crédito siguen siendo el modo de pago más seguro, y las capacitaciones van a ayudar para que el sector justicia persiga con mayor eficacia a las bandas dedicadas a los fraudes.

El Comité de Seguridad Bancaria de Guatemala (CSBG) detectó a una banda internacional que clona tarjetas de crédito y débito.

Una banda de delincuentes que opera en Guatemala y fuera del país estaría reclutando personal de discotecas, restaurantes y gasolineras, para que suministren datos de tarjetahabientes guatemaltecos y extranjeros.

Según el CSBG, serían unas 40 personas implicadas en la clonación de tarjetas en el país, la mayoría, extranjeras.

Antigua Guatemala, restaurantes de la zona 10 y Majadas, zona 11, serían algunos de los sitios donde los delincuentes contactan meseros para la obtención de datos del documento.

En un cajero automático se descubrió el año pasado un aparato que copiaba la información de la tarjeta de crédito o débito. Hubo capturas.

Se tiene información de esta forma de operar en España.

Los turistas son víctimas perfectas para esa banda, ya que es más difícil que se percaten del delito.

Los clonadores de tarjetas de crédito y débito obtienen los datos de los tarjetahabientes al momento de un consumo.

Las bandas buscan cómplices, como trabajadores de restaurantes y discotecas, quienes tienen contacto con las tarjetas durante el pago de los clientes.

Obtienen los datos al pasar la tarjeta en un dispositivo electrónico que copia la información, como número de cuenta, nombre, empresa o banco donde fue extendida.

Mediante un software especial pueden obtener los datos recopilados en el dispositivo

electrónico.

Poseen aparatos y plástico en blanco en el que pueden troquelar y copiar la información de la tarjeta en la banda magnética, realizando falsificaciones casi exactas.

Los delincuentes prefieren realizar transacciones pequeñas, pero seguidas, para evitar que los bancos llamen al tarjetahabiente y confirmen con él sobre la ejecución de consumos importantes.

Aunque en la mayoría de casos los delincuentes usan la tarjeta clonada en el mismo país donde se cometió el acto ilícito, hay datos de uso en el extranjero.

La clonación de tarjetas también se ha logrado con la instalación de dispositivos electrónicos en cajeros automáticos donde los delincuentes obtienen la información para luego vaciar las cuentas.

Las sugerencias para evitar la clonación son:

- No perder de vista su tarjeta a la hora de un consumo.
- Es preferible que el lugar donde se ubican los aparatos lectores estén a la vista del tarjetahabiente.
- Empezar a sospechar si la transacción de pago dura más de 15 minutos.
- No concentrar todos los fondos en una sola tarjeta de débito.



- Si el lugar no inspira confianza, abstenerse de usar la tarjeta.
- Al utilizar cajero, cerciórese de que no haya dispositivos agregados; tienen que estar incorporados en el aparato.

## CAPÍTULO VI

### 6. La mora y la ilegalidad del cobro por causas no imputadas al tarjetahabiente

#### 6.1. La mora

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

Un adagio latino contiene un concepto en que parece reflejarse el despecho de un acreedor frustrado antes que el enfoque neutro de un jurista: “Mora est injusta dilatio in adimplenda obligatione” (mora es la dilación injusta en el cumplimiento de una obligación)<sup>36</sup>.

Aun cuando el ejemplo típico de mora lo constituya quien no paga cuando debe, lo que debe y donde debe; es también moroso (incurre en mora) el que no entrega la cosa comprada al contado y pagada; el depositario que no devuelve la cosa depositada que le reclama el depositante; la de quien no quiere recibir lo que se le debe y se le ofrece en pago. Porque, en efecto, aun siendo lo más habitual, no sólo existe la mora del deudor (la mora solvendi de los romanos), sino la mora del acreedor (mora accipiendi). También se distingue entre mora ex persona, cuando se trata de una obligación de dar.

---

<sup>36</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 454.

En las obligaciones de no hacer no cabe concebir la mora, porque no existe sino abstención o incumplimiento. Por el origen, la mora es ex lege o ex contractu, según quebrante una disposición legal o una cláusula convencional.

Como precepto básico, el Código Civil español, indica que: "Incurrir en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor, para que la mora exista: 1º. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2º. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple, empieza la mora para el otro" (Artículo 1.100).

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

El presupuesto material, pues, la mora es la tardanza. O sea, el retraso en el

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

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

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

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

A la vista de las anteriores consideraciones que puede definir la mora diciendo que es “el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación que, debido a su naturaleza o por virtud del requerimiento del acreedor, debe ser ya satisfecha, siempre que la tardanza no sea obstáculo para que aquélla pueda cumplirse después del vencimiento,

con interés y utilidad para aquél” esta definición, si peca de excesiva descripción, tiene la ventaja de perfilar las notas características del estado de mora. Efectivamente, los requisitos de la situación de mora son los siguientes.

1º. Que exista un retraso en el cumplimiento de una obligación. Ya hemos dicho que todas las situaciones de incumplimiento, por afectar a la temporalidad de la obligación, tiene como presupuesto la tardanza. La mora (incumpliendo impropio específico en cuanto al tiempo) tiene, por tanto, como primer requisito, la tardanza; es decir, el retraso o falta de puntualidad en la fecha convenida. Por consiguiente, si la obligación no está todavía vencida, no se puede hablar de mora, y lo mismo ocurrirá respecto a aquellas pretensiones afectadas por una excepción dilatoria de espera o exclusión, ya que, a consecuencia de ellas, la pretensión ha de considerarse como todavía no vencida.

2º. Que el retraso en el cumplimiento sea culpable. La mora se cobija dentro de la rúbrica general del incumpliendo, y siendo éste, como dijimos, un acto injusto, le son aplicables los principios generales que gobiernan la teoría del mismo. Con arreglo a estos principios es necesario excepto en particularismo supuestos de desvío del puro pensamiento de culpabilidad un presupuesto subjetivo situado en la persona del autor, por cuya virtud se le reprocha su conducta, a base de su actividad culpable. La mora supone la culpa en sentido lato: no hay mora sin culpabilidad. Esta consecuencia fue discutida, sin embargo, en el derecho romano, aunque Pacchioni sostiene su plena admisibilidad en el mismo. En el derecho moderno, el requisito de la culpabilidad se

establece en la mayoría de los Códigos (alemán, brasileño, etc.) y se presupone por los tratadistas.

3º. Que por la naturaleza de la obligación o el requerimiento del acreedor, la deuda deba ya ser satisfecha. Decíamos anteriormente que la deuda, en cuanto al tiempo, puede ser muy cualificada, meramente cualificada o simple.

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

## **6.2. La mora del acreedor**

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

Son presupuestos para considerar en mora al acreedor: a) licitud de la prestación del

deudor; b) ser pura o estar vencida; c) ofrecimiento de cumplimiento total y realmente el deudor, en tiempo y lugar adecuados, d) negativa injusta del acreedor a admitir el pago, ejecución o cumplimiento. Pueden también resumirse en estos dos hechos: 1º una oferta legítima de cumplimiento por parte del deudor; 2º. Una repulsa ilegítima de aquélla por parte del acreedor.

### **6.3. La mora del deudor**

Es el retardo culpable e ilegal en el cumplimiento de la obligación. Para que el deudor incurra en mora debe medir requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes: 1º. Cuando se haya estipulado que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación fue un motivo determinante por parte del acreedor.

Se advierte que, en definitiva, las notas habituales de la mora del deudor son: a) como requisito básico, la existencia de una obligación líquida y exigible, es decir, vencida; b) la culpa del deudor, por el retraso injustificado; c) interpelación o requerimiento del acreedor, para excluir toda idea de tácita prórroga e interrumpir la posible prescripción.

### **6.4. La mora en la ley civil guatemalteca**

El Artículo. 1428 del Código Civil, estipula: “El deudor de una obligación exigible se

constituye en mora por la interpelación del acreedor”.

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

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

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

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

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



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

Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

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

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

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

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

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

La indemnización convenida anticipadamente por las partes no puede exceder de la cuantía de la obligación principal.

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

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

#### **6.5. Ilegalidad de la mora en tarjetas de crédito**

La morosidad en el pago de tarjetas de crédito en Guatemala se incrementó 2% durante

el primer semestre de 2009, en relación al mismo período del pasado año.

Este incremento, de acuerdo a fuentes oficiales, se debe principalmente al desempleo, la disminución del consumo y la crisis económica.

Según la Superintendencia de Bancos, durante el primer semestre de 2009 las empresas emisoras de tarjetas de crédito prestaron 291,40 millones de dólares y dejaron de recibir 30,52 millones por falta de pago, lo que se traduce en una cartera morosa de 10,47%, dos puntos más que similar período del pasado año.

El tipo de daños y perjuicios causados al tenedor de la tarjeta de crédito y la inobservancia de la empresa otorgante de la tarjeta en relación al Artículo antes mencionado, pues desde el momento en que se cobra la mora vulnera tal Artículo, por lo cual el cobro de mora se constituye en ilegal cuando la empresa mercantil remite los estados de cuentas fuera de tiempo con el fin de cobrar mora.

Para evitar los daños y perjuicios al tenedor de la tarjeta de crédito, y por lo tanto, establecer que se debe evitar el cobro de la mora cuando por culpa de la empresa otorgante no remite el cobro al deudor durante el mes correspondiente al de compra, es decir, que la empresa no distinga los atrasos de cobro cuando por culpa de la empresa no se da aviso al tenedor en el tiempo estipulado.

El Artículo 1,430 del Código Civil, establece: "El requerimiento para constituir en mora al deudor o al acreedor, debe ser judicial o notarial. La notificación de la demanda de pago

equivale al requerimiento”.

Por su parte el Artículo 757 del Código de Comercio, estipula “Las tarjetas de crédito deberán ser emitidas a personas individuales o jurídicas y no serán negociables. Deberán contener el nombre de quien las expide, la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extienden, el plazo de vigencia y si la misma tiene validez nacional o internacional, siendo aplicable a las mismas en lo que corresponda las normas de las cartas órdenes. Por el financiamiento a través de tarjetas de crédito se aplicará la tasa de interés que se indica en el Artículo 757 bis de este Código.

A los créditos originados por el uso de las tarjetas de crédito, se aplicarán las reglas de los pagarés, a excepción de la tasa de interés convencional”

El Artículo 757 bis del Código de Comercio, establece “Las entidades emisoras de las tarjetas de crédito cobrarán al tarjetahabiente cuando haga uso del financiamiento tanto en moneda nacional como extranjera o su equivalente, la tasa de interés anual promedio ponderada de las operaciones activas que cobra el Sistema Bancario Nacional y que publica periódicamente la Superintendencia de Bancos, la cual podrá incrementarse hasta un máximo de cinco puntos porcentuales.

El incumplimiento de estas disposiciones por parte de las entidades emisoras, dará lugar a deducir responsabilidades civiles y penales que correspondan, sin perjuicio de

otras personas que pudieran corresponder como resultado de la vigilancia e inspección que practiquen las entidades facultadas para el efecto”.

El fin es evitar que las empresas otorgantes de tarjetas de crédito cobren mora cuando no se encuentra estipulado contractualmente y cuando la imposibilidad de la obligación del deudor ha sido por culpa del acreedor, o sea, cuando se refiere a cobros no estipulados o que la empresa otorgante haya remitido tardíamente el cobro, o que el deudor al querer cumplir con su obligación el sistema computarizado de la empresa esté en malas condiciones para recibir el pago. Por lo que el fondo de la investigación conlleva a tratar que las empresa otorgantes de tarjetas de crédito eliminen el cobro de la mora, si ésta no se efectuó conforme a la ley.

El amedrentamiento e intimidación para cobrar deudas atrasadas, utilizando hasta la Policía Nacional Civil, se ha vuelto una costumbre en los procesos de cobros del entidades que comercian con tarjetas de crédito.

Los abusos de elevados y dobles intereses que cobran las tarjetas, y los abusos cuando alguien cae en mora, no terminan por corregirse pese a la creación de la Defensoría del Consumidor, la cual ha aceptado que hay atropellos y anomalías por parte de los bancos y entidades que comercian con tarjetas de crédito.

La costumbre de intimidar a terceras personas, para que paguen por sus conocidos o

parientes, aún cuando no tienen ningún documento firmado por los afectados, es otra de las prácticas, pese a que esto constituye una ilegalidad.

Además de esto, existen oficinas jurídicas sin ética, que colocan carteles en los lugares de trabajo o de vivienda de los cuenta habientes, tildándolos de morosos y estafadores.

Para el caso de muchas personas, cuando solicitan una tarjeta de crédito, no obstante, que ha entrado en mora lo están obligando a que pague la deuda que la misma adquirió y hasta amenazado con embargos.

De acuerdo al denunciante, se ha estado intimidando a su familia, e incluso un día llega el personal de la empresa presta el servicio de tarjeta de crédito con más de dos personas que dicen ser policías y le indican que le embargarán sus bienes.

Se debe denunciar varios aspectos, primero, porque llegar con la autoridad, a la casa de personas que no tienen que ver con ese compromiso; en segundo lugar, porque la instrumentalización de agentes de la PNC, en algo que es intrascendente y que no constituye delitos es coaccionar a la persona.

Otra de las anomalías de los procesos de cobro es que, pese a que la personas se comprometen a cancelar, sigue el hostigamiento por parte de los bancos.

En otros casos de los casos de abuso, es el pago de una cuota que jamás le explicaron que no iba a restarle a su deuda, la persona que ha quedado sin empleo, ve una posibilidad de sanear sus gastos promedios mientras consigue otro trabajo, pero jamás se imagina la condena a la que se está sometiendo y que será para largo tiempo. La deuda inicial la canceló, casi cuatro veces más de la que debía, y es alguien, que por cierto no fue del banco donde tenía la mora, no le hubiese explicado que no terminaría de pagar con esa cuota fija, la pesadilla de seguir cancelando hubiera continuado.

Las cuotas mínimas son una manera de suspender algunos de los intereses moratorios. Los bancos raras veces explican en que consiste la cuota mínima, mientras el usuario no se entera pueden pasar años y años cancelando y esto no reducir la deuda inicial.

Estos son los robos legales que permite el gobierno con sentido humano. *Existe abuso en el cobro de moras en las tarjetas de crédito, y utilizan hasta fuerza policial, dicen algunos afectados.*

## CONCLUSIONES

1. Las empresas que comercian tarjetas de crédito no informan a los tarjetahabientes, de las cargas que puedan imponer si el pago no es efectuado el día que dispone la empresa, por tal motivo el atraso de días o meses conlleva el recargo correspondiente a intereses a capital, intereses de mora y gastos de administración.
2. Las empresas de crédito, mediante tarjetas, cobran intereses a capital e intereses en mora, a la persona que se atrasa un día; cuando es la empresa comercial la que envía a última hora el cobro o estado de cuenta, con el fin de que al haberse vencido el plazo para que el tarjetahabiente pague, se procede a hacer los recargos correspondientes.
3. Las condiciones de pago y los intereses en mora tienen que ser acreditados únicamente si el responsable es el tarjetahabiente y no por culpa de éste, pero en la actualidad la empresa comercializadora cobra intereses en mora aunque la culpa sea de ésta cuando de mala fe remiten los estados de cuenta fuera del período estipulado en el contrato.
4. El cobro que hace la empresa de la tarjeta de crédito, lo envía cuando ya ha vencido el plazo para que el tarjetahabiente pague la mora, intereses a capital y



gastos de administración, cuando el atraso no se debe deudor si no a la empresa acreedora, quien intencionalmente remite los estados de cuenta para hacer cobros extras.

5. Las empresas de tarjetas de crédito, en la actualidad contratan oficinas jurídicas sin ética; las que colocan carteles haciendo el cobro, tratando al deudor de moroso y estafador, lo que es sancionado civil y penalmente, la primera por los daños y perjuicios que causan, y la segunda por coacción y difamación contra el deudor correspondiente.

## RECOMENDACIONES

1. El Estado debe ejercer control sobre las empresas que se dedican a prestar servicios de tarjetas de crédito, para evitar los abusos que éstas hacen con los tarjetahabientes, porque ocasionan daños y perjuicios contra el tarjetahabiente cuando hace publicaciones tildándolos de morosos cuando la realidad es que la empresa acreedora ha remitido los estados de cuenta fuera del plazo fijado.
2. El Estado debe mantener una constante supervisión a las empresas emisoras de tarjetas de crédito para que no suban los intereses a capital y los intereses en mora al tarjetahabiente, cuando ha sido culpa de las empresas por los avisos retardados al mismo, cuando el atraso en el pago es por culpa de la empresa y no del tarjetahabiente.
3. La empresa emisora de las tarjetas de crédito debe, únicamente recargar los intereses en mora cuando la culpa sea del tarjetahabiente y no cuando la culpa sea de la entidad emisora, porque ésta actúa de mala fe para recargar los costos de la tarjeta y obtener mayores ganancias que serán pagados por el beneficiario de la tarjeta de crédito.
4. El tarjetahabiente debe negarse a pagar los intereses en mora, cuando la empresa emisora por retardo de ésta remite el estado de cuenta fuera del plazo

estipulado en el contrato, porque éste no es culpable de que la empresa emisora de la tarjeta remita los estados de cuenta fuera del plazo fijado en el contrato en perjuicio del deudor.

5. El perjudicado, en nombre propio o de su empresa, debe seguir juicio por daños y perjuicios, y por delito contra las empresas jurídicas y las emisoras de las tarjetas, que coaccionan y amenazan a los tarjetahabientes. El juicio civil para que éstas reparen los daños y perjuicios causados sin culpa del deudor, y en lo penal por coaccionar y difamar al tenedor de la tarjeta, cuando se hacen publicaciones contra el tenedor de la tarjeta.

## BIBLIOGRAFÍA

- BROSUTA PANT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Ed. Tecnos. España, 1978.
- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1994.
- CARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Ed. Porrúa. México, 1998.
- DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. Ed. Porrúa. México, 1994.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**. Ed. Porrúa. México, 1978.
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1984.
- PALLARÉS, Eduardo, **Diccionario de derecho procesal civil**. Ed. Porrúa, México.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Ed. Pirámide. Argentina, 1999.
- SOPENA, Ramón, **Diccionario enciclopédico ilustrado sopena**. Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, 1977.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**. Ed. Porrúa. México, 1997.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Ed. Serviprensa Centroamericana. Guatemala, 1978.
- VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Editora Nacional. México, 1999.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Ed. Universitaria. Guatemala, 1999.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Tipografía Nacional. Guatemala, 1966.

**Legislación:**

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

**Código de Comercio**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 270, 1970.

**Código Civil**. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.



