

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LAS TARJETAS DE
CRÉDITO**

CESAR AUGUSTO PIRIR CHAJON

GUATEMALA, MARZO 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LAS TARJETAS DE
CRÉDITO**



Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo 2011

**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:

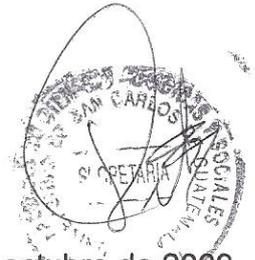
Presidente: Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Vocal: Lic. Rodrigo Enrique Franco López
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

Segunda fase:

Presidente: Lic. Héctor René Marroquín Aceituno
Vocal: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

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 Exámen General Público).

M. A. Santos Octavilo Flores Sarmiento
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 8 de octubre de 2009.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad San Carlos de Guatemala
Guatemala, Ciudad.



Estimado licenciado:

En cumplimiento a la asignación hecha por usted, para asesorar la tesis del Bachiller: CESAR AUGUSTO PIRIR CHAJON intitulada, ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO, observé que cumple con todos los requisitos y formalidades que están contenidos en el Normativo de esta facultad permitiéndome emitir el siguiente dictamen:

1. Considero que el tema investigado por el bachiller, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, dado que mis recomendaciones dentro del ámbito de asesoría fueron atendidas, ya que el presente trabajo de tesis presenta una realidad en la sociedad guatemalteca, se realizó bajo un estudio de alcances ilimitados y de un valor incalculable para las generaciones de nuestra alma mater.
2. La metodología utilizada tales como: EL analítico, deductivo, inductivo y el científico; porque, se observó el fenómeno directamente estudiado desde todo punto de vista para determinar sus efectos y objetivamente sus resultados. Además, la utilización de Bibliografías, internet, estadísticas entrevistas por medio de cuestionarios y las técnicas jurídicas para la interpretación de la legislación, fueron la base del trabajo.
3. Habiendose estructurado dicho tema en forma cronológica y congruente a manera que el lector en forma rápida haga una correlación del tema que se trata, por ello opino que la redacción fue con terminología adecuada para su mayor comprensión.
4. Los cuadros estadísticos, incluidos en la parte de anexos obtenido directamente en el trabajo de campo expresan la desventaja que ofrecen las cláusulas abusivas en dichos contratos mercantiles, y muestran una gran reseña que ha causado perjuicio principalmente económico al tarjeta habiente.

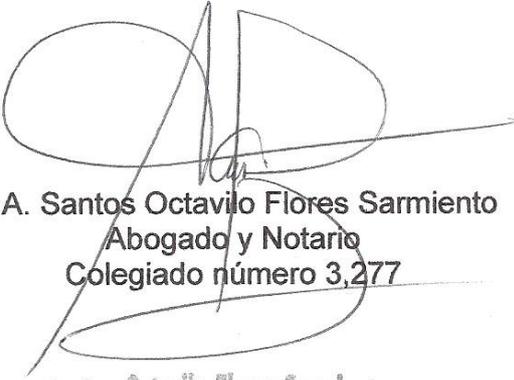
M. A. Santos Octavilo Flores Sarmiento

ABOGADO Y NOTARIO

5. Para los que conocen y comprenden aspectos de la materia y están de alguna forma interesados en ella, el contenido de este estudio es de suma importancia porque reúne en un solo documento el conocimiento teórico y práctico, que merece tomarse muy en cuenta para su posterior análisis y fundamentalmente para su aplicación, en virtud que, su regulación en el Código de Comercio es mínima, lo que manifiesto que, el aporte científico es importante ya que consiste en denunciar el desfase y la inobservancia de la regulación de éstos contratos mercantiles en este sentido, y la poca supervisión de las autoridades competentes.
6. Las conclusiones presentadas ofrecen la confirmación de la hipótesis planteada, que fue objeto del trabajo y se determina que si existen cláusulas lesivas en el contrato de tarjeta de crédito causando privación a la autonomía de la voluntad, a todo ello las recomendaciones complementan el resultado del trabajo, ya que ofrece sugerencias que son de vital importancia para ser estudiadas y aplicadas.
7. Con relación a la bibliografía utilizada, considero que fue el adecuado porque son autores que han estudiado a profundidad dicho tema, para corroborar que efectivamente, las cláusulas abusivas merece especial atención, para una pronta solución y brindar seguridad jurídica al usuario.

De conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencia Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y por lo anterior expuesto, en calidad de asesor me permito aprobar dicho trabajo de investigación del bachiller CESAR AUGUSTO PIRIR CHAJON, para que pueda ser objeto de revisión con mi dictamen favorable.

Atentamente,



M.A. Santos Octavilo Flores Sarmiento
Abogado y Notario
Colegiado número 3,277

Santos Octavilo Flores Sarmiento
ABOGADO Y NOTARIO

9a. Calle 4-52, Zona 10, Guatemala, Ciudad.. Teléfonos: 2331-8271 – 2331-8078 – 2331-7274
e-mail: santosofloress@yahoo.com



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de noviembre de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MIRNA ESTER CABALLEROS BONILLA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CÉSAR AUGUSTO PIRIR CHAJÓN, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO".

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


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/crla.



Guatemala, 26 de enero de 2010.



Lic. Mirna Ester Caballeros Bonilla.
Abogada y Notaria

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la unidad de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad San Carlos de Guatemala.



Estimado licenciado Castro Monroy:

En el uso a la designación que me hiciera esa unidad procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller: CESAR AUGUSTO PIRIR CHAJON, del tema intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO." dictaminando de la siguiente manera:

- a. El contenido científico y técnico del tema seleccionado, es de vital importancia, ya que refleja la realidad de la sociedad guatemalteca, principalmente el de los usuarios de tarjetas de crédito debido a la constante violación a sus derechos y omisión de los principios que inspiran la equidad y la justicia.
- b. La metodología utilizada fue: El analítico, sintético, deductivo y el científico para la observación de fenómeno, además las técnicas bibliográficas, estadísticas, entrevistas por medio de cuestionarios y la técnica jurídica para la interpretación de la ley para confirmar la hipótesis planteada.
- c. Debido al empleo de fuentes escritas, la redacción se base en terminología adecuada al tema, ya que se encuentra ligado al derecho mercantil para ser consultada por todos aquellos juristas dedicados a tal materia.
- d. Con respecto a los cuadros estadísticos incluidos en los anexos, se basa en la opinión de los consumidores y usuarios que definitivamente son los afectados por tal situación en donde se comprueba la desventaja que presenta dicho contrato.

9a. Avenida 12-58 Zona 1 Oficina No. 11 Correo Electrónico
licmirnacaballeros@hotmail.com mirnita59@yahoo.com
Tels. 2221-3829- 5503-7081- 5500-9659



Lic. Mirna Ester Caballeros Bonilla.
Abogada y Notaria

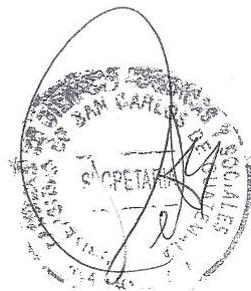


- e. En virtud de lo expuesto, es de señalar que el presente trabajo presenta una amplia contribución científica, porque se detecta las cláusulas lesivas que contienen los contratos de la tarjeta de crédito y para poder darle una seguridad jurídica real al tarjeta habiente y para ser fuente de consulta por los estudiosos del derecho.
- f. Señalando las conclusiones, opino que las mismas presentan el problema planteado indicando que, efectivamente hay violación a los principios fundamentales que inspiran el derecho comercial por los operadores económicos que lucran de manera ilegal. Recomendando que se haga una revisión a la ley y que se sancione al dador de tarjetas de crédito que no cumplen con los requisitos establecidos en las normas.
- g. La bibliografía utilizada fue la adecuado, debido a que los juristas dedicados a estos aspectos, son escritores que expresan determinadas opiniones y concepciones al presente tema y que brindaron certeza y seguridad jurídica para un análisis legal.

En cumplimiento del Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y en virtud de lo anterior expuesto, y de haberse satisfecho las exigencias del suscrito revisor derivadas del análisis y por las razones anteriormente expresadas considero que el mismo presentado por el bachiller Pirir Chajon, debe continuar su tramite a efecto de que se ordene la impresión correspondiente y se señale día y hora para su discusión en el examen público con mi dictamen favorable. Atentamente,

Licda. MIRNA ESTER CABALLEROS BONILLA
Abogada y Notaria
Colegiada número 5,638

Mirna Ester Caballeros Bonilla
Abogada y Notaria

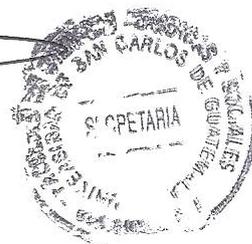
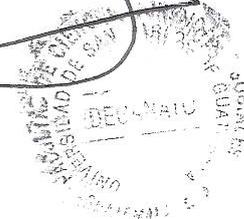


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecinueve de enero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CESAR AUGUSTO PIRIR CHAJON, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/silh.



DEDICATORIA

- A MI PADRE CELESTIAL: Por su infinita misericordia, poder y sabiduría, y por haber hecho de mí un ministro para la gloria de su nombre y unirme a su reino eterno.
- A MI ESPOSA: María Luisa Sequén, por su apoyo, ayuda esfuerzo y aprecio en los momentos difíciles.
- A MIS QUERIDOS HIJOS: Jenny Lizeth, César Emmanuel y Jans jefferson, por el cariño, comprensión y confianza que han depositado en mí.
- A MIS PADRES: Daniel Pirir Concohá y Marcia Chajón. Por haber sido el medio para mi existencia, por sus consejos, y el esfuerzo que realizaron para este triunfo.
- A MIS HERMANOS: Jorge Wilfredo, (Q.E.P.D.), el recuerdo que siempre vivirá en mi corazón, María Lesbia y al licenciado Clemente Pirír Chajón, por ayuda incondicional que siempre me ofreció.
- A MIS PASTORES: René Méndez y Oralia de Méndez, por sus constantes oraciones.
- A MIS FAMILIARES Y AMIGOS: Isabel Culajay, Héctor, Olga, Marta y Tere Sequén, Antonio Chajón, Marta Elizabeth Ocox, Antonio Jocop, Virginia Castañeda y Ulises Ramírez.
- AL MINISTERIO DE ABOGADOS CRISTIANOS EMANUEL: Especialmente a los licenciados Santos Flores, Jaime Hernández, Vilma Perdonó, Mirna Ester Caballeros, Bélgica Deras, Roselva Girón y Morelia Rios.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico	1
1.1. Definición.....	1
1.2. El negocio jurídico mercantil.....	2
1.3. El contrato.....	3
1.4. Concepto moderno de contrato.....	5
1.5. El contrato mercantil.....	7
1.6. Elementos del contrato mercantil.....	8
1.7. La formación del contrato mercantil.....	9
1.8. La forma de los contratos mercantiles	11
1.9. El perfeccionamiento de los contratos mercantiles.....	15
1.10. El perfeccionamiento de los contratos mercantiles celebrados por vía electrónica.....	17
1.11. Interpretación de los contratos mercantiles.....	18
1.12. La representación mercantil.....	20

CAPÍTULO II

2. Contrato mercantil de tarjeta de crédito	23
2.1. Concepto de tarjeta de crédito.....	26
2.2. Requisitos de la tarjeta de crédito.....	28
2.3. El contrato entre el titular de la marca y el banco.....	29

	Pág.
2.4. El contrato entre el emitente y el titular de la tarjeta de crédito	30
2.5. El contrato entre el emitente de la tarjeta de crédito y el afiliado	31
2.6. La relación entre el titular de la tarjeta de crédito y el receptor de pago.....	33
2.7. El contrato mercantil de adhesión en las tarjetas de crédito	33
2.8. Formación del contrato de adhesión	37
2.9. La estandarización de la materia contractual	39

CAPÍTULO III

3. Efectos contractuales y procesales que generan las cláusulas abusivas	43
3.1. La intervención judicial en los contratos	43
3.2. El control de contenido contractual	44
3.3. Calificación del contrato	46
3.4. Interpretación judicial de los contratos	47
3.5. La buena fe como criterio de interpretación contractual	49
3.6. Regla de interpretación de las condiciones generales	49
3.7. Interpretación desde la Constitución Política de la República de Guatemala	51
3.8. Interpretación del contrato e interpretación de la ley	51
3.9. La nulidad de las cláusulas abusivas	54
3.10. La nulidad de los contratos	57
3.11. La conversión del contrato nulo	58
3.12. La simulación	59
3.13. Contratación en fraude de ley	62

CAPÍTULO IV

Pág.

4. Las cláusulas abusivas en los contratos mercantiles de tarjetas de crédito	65
4.1. Las condiciones generales contractuales y cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito.....	65
4.2. Elementos que caracterizan las condiciones generales.....	69
4.3. Diferencia entre condiciones generales y cláusulas abusivas.....	70
4.4. Consideraciones acerca de las cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito.....	72
4.5. Definición de cláusulas abusivas.....	74
4.6. Características de las cláusulas abusivas.....	74
4.7. Supuestos típicos de cláusulas abusivas.....	79
4.8. Efectos de las cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito	83
4.9. Soluciones para el control de cláusulas abusivas en tarjetas de crédito..	85
4.10. Regulación de protección al consumidor y usuario de cláusulas abusivas.....	87
4.11. Análisis de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
ANEXOS.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN

Actualmente en Guatemala existen diversidad de sociedades mercantiles dedicadas a la promoción y venta de tarjetas de crédito con el afán de obtener ventajas económicas; el contrato mercantil de tarjeta de crédito se encuentra regulado en el Artículo 672 del Código de Comercio, como una norma general; dicha normativa no señala nada con relación a sus cláusulas dando carácter de ser abusivas porque provocan desigualdad de condiciones entre el emisor de la tarjeta y el titular de la misma; la Constitución Política de la República de Guatemala como ley suprema tiende a proteger los intereses de la población principalmente de la parte más perjudicada, desarrollando la Ley del Protección del Consumidor y Usuario, en donde se crea la dirección encargada de velar por el cumplimiento de los requisitos exigidos para los contratos de adhesión.

Sin embargo, este tipo de contrato ha provocado desventaja económica para el tarjetahabiente; porque los entes que prestan los servicios imponen cláusulas abusivas que han sido prerredactadas con anterioridad sin que exista una posible discusión sobre las mismas, por ser mal redactadas, incomprensibles, ambiguas y oscuras; y que desequilibra la autonomía de la voluntad dejándolo en una posición débil a él y a su núcleo familiar, provocando un perjuicio patrimonial y económico; sin que exista una verdadera protección legal al consumidor y usuario y por la simulación que encubre el carácter jurídico del negocio que se declara dando la apariencia de otro de distinta naturaleza en contra de las exigencias de la buena fe y verdad sabida.

En virtud de lo anterior, se realizó un análisis jurídico y doctrinario para señalar el detrimento que provocan dichas cláusulas abusivas a los consumidores y usuarios y poder investirlos de una verdadera protección y seguridad jurídica, para el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley y que sus derechos no sean

violados; y evitar los conflictos contractuales y procesales que genera dicho fenómeno económico.

En dicha investigación, se utilizó el método analítico con los pasos siguientes: Observación, descripción y examen crítico, la descomposición del fenómeno, enumeración de las partes, ordenamiento y clasificación, observando detenidamente el conflicto que genera las cláusulas abusivas y su repercusión en la sociedad; por otro lado, el método inductivo tomando los hechos particulares a los conceptos más generales obteniendo una respuesta objetiva; y el método deductivo, analizando la ley de desde la Constitución, leyes ordinarias e incluso los reglamentos correspondientes; también se consultó bibliografía necesaria sobre el tema para poder obtener un concepto doctrinal de los diferentes juristas; además, se emplearon técnicas jurídicas para interpretación y entrevistas personales por medio de cuestionarios y conocer la opinión directa de consumidor y usuario.

El presente trabajo, está compuesto por cuatro capítulos distribuidos de la manera siguiente: El primer capítulo, se refiere básicamente al negocio jurídico como estructura básica de los contratos en general; el segundo capítulo, está relacionado con el contrato mercantil de la tarjeta de crédito y la relación de los sujetos personales, tales como: El emitente, el afiliado y el titular de la tarjeta de crédito; el tercer capítulo, contiene los efectos contractuales y procesales que genera las cláusulas abusivas en los contratos de tarjeta de crédito, en el cual se resalta la intervención judicial para la calificación e interpretación de los contratos legalmente celebrados; el cuarto y último capítulo, que constituye el tema principal presenta un análisis jurídico y doctrinario de las cláusulas abusivas en los contratos mercantiles de las tarjeta de crédito, demostrando que las mismas están contenidas en dichos contratos y son aceptadas por los acreditados de manera tácita.

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico

El vocablo *negotium* se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico legal. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se emplea la frase negocio jurídico.

1.1. Definición

Es todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado. El sistema mercantil guatemalteco sobre el tema sostiene: “A los actos que realiza el comerciante o empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de su empresa.” Según Aguilar Guerra, el mismo puede definirse como: “La declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos.”¹

¹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Pág. 27.

Este autor, parte del concepto de autonomía privada entendida como poder de autorregulación de las propias intenciones, reconocido por el derecho para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre privados; entonces, es éste un acto de autonomía privada, de regulación de actos privados, el cual tiene naturaleza preceptiva y se manifiesta a través de una declaración o de un comportamiento, las cuales son normas y no manifestaciones del querer interno; además, una declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de la misma y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento.

Por lo tanto, se destacan los tres aspectos fundamentales de su misma configuración operativa y dogmática: El acuerdo que decide llevar a cabo el negocio, la exteriorización de la misma para que trascienda socialmente y la determinación en cuanto a las consecuencias queridas por el agente.

1.2. El negocio jurídico mercantil

A este respecto Paz señala: “Es aquel en virtud del cual, el comerciante en su actividad profesional regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al cual el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que

caracteriza su tipo.”² Este puede ser unilateral y plurilateral, y que requiera para su validez capacidad legal del sujeto que declara, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

Así mismo, todo acto legal requiere de una forma o medio de exteriorización, la regla general, es que cuando no se declare una manera específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

El Artículo 669 del Código de Comercio, que se refiere al tema indica: “Estos se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, con el fin o el propósito de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes para cuidar con interpretaciones arbitrarias sus efectos naturales.”

1.3. El contrato

Se puede definir como un pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una acepción jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo

² Paz Alvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Pág. 5.

sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones. Éstos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Además, los que son lícitos obligan a las partes en iguales términos que la ley.

Una primera aproximación al concepto puede hacerse partiendo de los datos más inmediatos del derecho positivo. El Código Civil se refiere a la existencia del mismo cuando dos o más personas consienten en crear, modificar o extinguir una prestación.

De esta forma, éste sería el acuerdo entre ambos generador de obligaciones, es decir, el mismo aparece por la conjunción del consentimiento de los participantes con la finalidad de ser fuente de ley entre ellas.

En efecto, la voluntad de los otorgantes no genera por sí sola deberes jurídicamente exigibles. Aunque una visión apegada a ciertas concepciones éticas vea en este la proyección de la fidelidad a la palabra dada, el deber de cumplir lo que previamente se ha asumido, dando a la misma un consenso entre ellos y fuerza eficiente para exigirse legalmente el cumplimiento de lo pactado, de manera tal que, recurriendo, si llega el caso, a los aparatos coercitivos que el Estado proporciona para los supuestos

de incumplimiento de los pactos y muy en especial a los medios que son competencia del poder judicial. Deduciendo lo anterior, como la fase final de la evolución del presente tema.

López y López sostiene sobre el mismo que: “El contrato es el negocio jurídico por excelencia, entrelazamiento de promesas y aceptaciones de las mismas, que genera vínculos, cuyo cumplimiento sólo puede ser reclamado coercitivamente, si con el concurre el consenso contractual.”³

1.4. Concepto moderno de contrato

Es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias mas, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. Este concepto, según lo expuesto por notables civilistas, no se formó en el derecho romano, sino que tiene su origen en la confluencia de varias corrientes del pensamiento; en la doctrina canónica, que exalta el respeto de la palabra dada; en el voluntarismo jurídico de la escolástica tardía y la necesidad práctica del tráfico mercantil de liberar de trabas formales a la contratación. El mismo, está contenida en el Código Civil, como el acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones entre las personas, es considerada, la piedra angular no sólo de

³ López y López, Vicente. **Derecho de obligaciones y contratos**. Pág. 319.

esta rama sino de todo el ordenamiento jurídico, el cual se muestra en otras disciplinas, como por ejemplo el mercantil como una verdadera urdimbre de actos, y fundamentalmente una gama de negocios contractuales.

La doctrina observa que tiene su más profunda raíz y fundamento en el presupuesto ideológico y sociológico que conviene tener en cuenta y no perder de vista la economía liberal y capitalista; la igualdad de las partes contratantes, la preponderancia de la libertad individual.

Estas teorías, son el punto de partida desde el cual se ha de abordar el estudio del presente tema que lleva pronto a descubrir que cumple una función instrumental decisiva para realizar una finalidad en la vida económica. Se llega de esta manera a la concepción moderna.

En ese sentido, Aguilar Guerra afirma que: “Es el acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan.”⁴ El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como un conjunto de negocios que los particulares celebran. El derecho es el reino de estos, de manera que donde acaba éste termina también la equidad y comienza la arbitrariedad y la fuerza.

⁴ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 37.

Se concluye afirmando que, modernamente es un mecanismo de generación de derechos y obligaciones respecto de las partes, quienes se encuentran vinculadas a la realización de su promesa por el hecho de haberse comprometido a ello, y de haber prestado el consentimiento.

1.5. El contrato mercantil

Paz ostenta que: “Es aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se compromete a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, acuerdo de voluntades, por el que las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.”⁵

Esencialmente, no existe diferencia entre un contrato mercantil y civil precisamente porque en ambos emiten sus intereses, por las que se crean, modifican o extinguen las relaciones celebradas. No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre ellos; sin embargo, agrega que se califican de mercantiles cuando están incluidos en el Código de Comercio, y para que así sea se requiere la intervención de un comerciante y la destinación del mismo al comercio.

⁵ Paz Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 26.

Dicho cuerpo legal, no ofrece ningún concepto ni referencia del mismo por lo recurrimos al Artículo 1,517 del Código Civil que indica: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

El cumplimiento de éstos y del negocio mercantil se fundamenta en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, lo que implica una actitud correcta de las partes para realizar el acto principal y que se realice en el tiempo, lugar y modo convenido.

1.6. Elementos del contrato mercantil

El contrato, es la forma típica de la contratación y la fuente principal del mismo, por lo que, son los elementos que lo conforman los que le dan certeza y seguridad según el Artículo 1,251 del Código Civil que literalmente dice: “El negocio jurídico requiere para su validez: Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” Tales aspectos, le son aplicables al presente tema.

En cuanto al primero de ellos, el Artículo ocho de la misma ley citada, establece que: “Para el ejercicio de los derechos se adquiere por la mayoría de edad, los que han cumplido dieciocho años. Los menores que tienen catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.”

El segundo elemento, es necesario que el consentimiento se emita de una manera racional y consciente, no estando afectado por ningún vicio que destruya esa cualidad cuando el mismo adolece de algún límite de cualquier índole, puede ser anulado.

El tercero funciona como esencial, ya que no es posible concebir un acto mercantil sin una referencia material sobre la que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Es el objeto en última instancia, una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona, que ha de reunir siempre condiciones indispensables, las que han de ser, determinado, posible y lícito.

1.7. La formación del contrato mercantil

Aunque muchos de éstos se celebran de manera tácita, sobre la marcha, sin negociación alguna previa o simultánea, como ocurre con el transporte público, otras siguen una línea perfectamente definido que incluye un proceso de formación, otra de perfección y luego el de ejecución.

Entre ambos extremos, se ubican los casos en los cuales se producen negociaciones preliminares que no dejan ninguna huella ni tienen consecuencia alguna cuando no se contrata, o que pueden tener relevancia en el caso de que se perfeccione un acuerdo.

Dependiendo de la interpretación coordinada que se haga de los Códigos Civil y de Comercio, cuando el contrato ha seguido una línea escalonada es posible que la fase primera desemboque en un acto con carácter preparatorio, cuyo ejemplo más conspicuo en la práctica es el de opción.

Una de las especies del género de este es el convenio normativo, un acuerdo por medio del cual las partes se obligan a atenerse a determinadas cláusulas, condiciones o modalidades que en el futuro lleguen a celebrar.

Al contrastar los dos anteriores se dice que el primero es un *pactum contrabendi* y el segundo un *pactum de modo contrabendi*; es decir, se está ante la situación de una obligación actual frente a una de carácter eventual.

En la doctrina existe una opinión predominante que asigna a esta cualidad a cuenta corriente mercantil. Morles sigue la idea que: “La fase preparatoria de la contratación tiene importancia relevante en ciertos negocios mercantiles; la constitución de sociedades, los contratos de seguros, los bancarios, los bursátiles y las ofertas públicas de adquisición entre otros.”⁶

⁶ Morles Hernández, Alfredo. **Los contratos mercantiles**. Pág. 2,229.

1.8. La forma de los contratos mercantiles

Desde hace tiempo se ha venido afirmando que el renacimiento del formalismo tiene manifestaciones más frecuentes en materia mercantil, hasta el punto de que este derecho es mucho más formalista que la rama civil. Al abordar el tema, como ya fue advertido hay negocios que sólo son posibles gracias a la elaboración de un texto escrito: Letra de cambio, pagarés bonos de prenda o cheques. Aunque su existencia o circulación no esté vinculada al documento y en materia de valores mobiliarios haya una corriente dirigida a la desmaterialización, las acciones de sociedades anónimas y las obligaciones son emitidas y recogidas en documentos impresos. Por último, si bien éste no es indispensable, a casi nadie se le ocurriría celebrar verbalmente ciertos contratos, como el de sociedad. La realidad muestra manifestaciones de diverso orden en esta materia de los contratos mercantiles: La imposibilidad de suscribir ningún acuerdo en casos de venta masiva de bienes o la prestación de servicios; es decir, la existencia de acuerdos simplemente tácitos; la utilización de medios impresos uniformes en relaciones entre proveedores y consumidores.

Esta última corriente ha sido fortalecida por el empleo de las computadoras, pues no hay otro modo de contratar a través de ellas sino con mensajes de datos de formato virtual, eventualmente trasladables a escritura sobre soporte físico.

Aguilar Guerra al referirse a la forma declara: “Es todo aquello que el derecho exige por encima y además del simple consentimiento del promitente para que una promesa sea vinculante.”⁷

En este sentido, el concepto hace referencia a un medio concreto y determinado, que la ley y los particulares imponen para exteriorizar su anhelo contractual, y que el mismo es siempre un plus a la voluntad, como vehículo necesario de expresión como necesario revestimiento de la misma.

También, puede ser la pronunciación de unas palabras rituales o formularias, la adopción de unas determinadas actitudes, gestos o signos externos.

La exigencia de este aspecto puede obedecer a razones muy diferentes; así, la misma puede servir para dar certeza a la declaración emitida, que es requerida para determinados contratos que por su trascendencia en el patrimonio del obligado se le quiere rodear de las máximas garantías en su celebración; otras veces, su exigencia se justifica para favorecer la prueba de lo contractual, ya sea entre las partes, o frente a terceros: respecto a esto último la forma puede cumplir una función de oposición en cuanto a otros.

⁷ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 345.

Un negocio solemne, para cuya validez se exige una manera determinada, es menos propicio a la improvisación y a la decisión irreflexiva del que pueda celebrarse con la sola expresión de palabras. La imposición de la forma cumple una función importante de fijar de manera más segura y estable que realmente manifestaron las partes en un contrato.

Este aspecto reviste especial interés en aquellos casos en que el negocio ha de tener efectos duraderos y conviene dejar constancia de su verdadero contenido, a fin de evitar ulteriores controversias en torno a él.

Su valoración y justificación no es ajena al medio en el que ella se debe exteriorizar, dado que no es lo mismo que deba recogerse en escritura otorgada ante notario, o en documento privado, en el que sólo se requiere la presencia de los requirentes.

La intervención de fedatario público en las primeras implica para el mismo, no sólo la certeza de su celebración, sino también la adecuación al ordenamiento jurídico y la apreciación de la capacidad de los otorgantes. La función más elemental, es la de dar a conocer el acto realizado, lo que puede denominarse de publicidad, porque proporciona un dato objetivo de conocimiento contractual, lo que hace posible su eficacia jurídica, su interpretación y su protección jurisdiccional.

Joaquín Garrides, al referirse a este tema indica que: “Es el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación, o sea su aspecto externo.”⁸ En este sentido, todos los contratos serían formales, porque todos necesitarían ciertos requisitos, oral o escrita, para darse a conocer en la vida de relación.

La diferencia se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de la misma; cuando se niega esta e impone al mismo una determinada exigencia, se dice que es formal; cuando por el contrario, deja a los interesados en libertad de elección, se dice que no lo es. De aquí, que la distinción del que se trata se convierta en negociaciones libres o impuestas.

El Código de Comercio, en el Artículo 671 establece en cuanto al tema en mención lo siguiente: “Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sean, y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.” Vinculados a esa disposición jurídica, que en términos generales deja a la autonomía de las

⁸ Garrigues, Joaquin. **Derecho mercantil**. Pág. 20.

partes, a la elección que adquieran. Los Artículos 672 y 673 del mismo cuerpo legal establece: “Que los mismos puedan constar en formularios, en pólizas y en facturas.”

1.9. El perfeccionamiento de los contratos mercantiles

En la doctrina suele exponerse el tema como resultado de la comunicación de las declaraciones de voluntad, oferta y aceptación, que se emiten separadamente y en distintos momentos.

Lalaguna al abordar el tema expresa que es: “La manifestación del consentimiento que se produce por la concurrencia de las declaraciones de voluntad interdependientes y concordes o correlativas de dos o más personas en un tiempo y en un lugar determinado.”⁹ Sobre la base de lo expuesto, los requisitos necesarios para que se pueda calificar el mismo como perfecto son los siguientes:

- a. Las manifestaciones de los contratantes por medios idóneos que permitan su conocimiento. Para reconocer la existencia formal, completo o perfecto, no importa si los tales se han emitido con capacidad y libertad. Si existe un defecto o un vicio podrá decirse que el mismo es anulable, pero no que sea incompleto o no formado.

⁹ Lalaguna Domínguez, Joaquín. **La perfección de los contratos**. Pág. 1,137.

b. La interdependencia de las declaraciones emitidas por los participantes. Lo que explica que como constitutivas que son de índole contractual común ninguna de ellas tenga sentido aislada de la otra.

c. La fijación de consentir manifestado en una cierta forma jurídica que permita identificar la existencia y naturaleza del negocio. La concurrencia de la declaración de voluntad en un tiempo y en un lugar determinado.

Por su parte Aguilar indica que: “Es el presupuesto de validez, de modo que la calificación requiere como dato previo el hecho de que el contrato esté formado. Esto no significa que el ya realizado haya de ser necesariamente válido.”¹⁰ La proposición, de que se perfeccionan por el acuerdo se encuentra en la cercana relación lógica con la afirmación de que este se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir la contratación.

Cuestión distinta es si la realidad e integridad de consentir se ha de negar por estar afectada por un vicio o defecto de capacidad que lo invalide. La perfección no supone en manera alguna que el contrato formado o completo es válido y eficaz, sino sólo que ha alcanzado existencia como acto jurídico negocial. Como regla general, la eficacia

¹⁰ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 301.

de éstos se asocia al hecho de que se producen por la voluntad ya que desde entonces se obligan, y marca el comienzo de surtir sus efectos.

Según Morles: “La doctrina y la legislación distinguen los actos celebrados entre presentes y entre personas distantes, así como también diferencian los concertados de modo instantáneo de los cumplidos de manera sucesiva.”¹¹ Esta coincidencia no es una regla absoluta, el momento de perfección es el mismo. De igual manera, aún cuando las partes estén físicamente un mismo lugar, puede realizarse de modo progresivo.

1.10. El perfeccionamiento de los contratos mercantiles celebrados por vía electrónica

El contrato mercantil intentado por la presente vía pertenece a la categoría de los celebrados entre personas distantes. Su adscripción al tipo realizado depende del servicio de internet a través del cual los usuarios entren en comunicación; como primera forma: El correo electrónico, que consiste en, las propuestas enviadas por este medio, y que ocupan el mismo lugar y cumplen la misma función de la correspondencia, de modo que el momento del perfeccionamiento será el instante en

¹¹ Morles Hernández. **Ob. Cit.** Pág. 2,231.

que el proponente adquiere conocimiento de la aceptación por parte del destinatario.

La segunda, *on line* en una página *web*, haciendo *click* en el lado izquierdo del ratón sobre la palabra *acepto* en sucesivas ocasiones que corresponden a conformidades con declaraciones contenidas en mensajes intercambiados entre ellos, pertenece en principio, a la categoría a los perfeccionados en el mismo momento.

A esta clase corresponde la mayoría de las operaciones de compraventa de productos y servicios ofrecidos por los establecimientos virtuales. La presente negociación puede, a veces, requerir el intercambio de mensajes electrónicos, desplazando el contrato hacia el espacio de los negocios de concertación sucesiva. Pertenecen también a la categoría entre personas distantes los que emplean el telex o el fax como medio de comunicación comercial.

1.11. Interpretación de los contratos mercantiles

Según Artículo 669 del Código de Comercio, estos se interpretarán de acuerdo con los principios de verdad sabida y fe guardada. Por otra parte, el precepto 1,593 del Código Civil, establece que: “Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de

sus cláusulas. Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas.” Garrigues al referirse al tema indica: “Los contratos se interpretarán según los términos en que fueron hechos y redactados.”¹² Luego para poder ejecutarlo hay que verificarlo y conocerlo. Según el citado autor, la aplicación del principio de buena fe como norma de lo anterior expuesto supone lo siguiente:

- a. Hay que atender en primer lugar a los términos en que fue hecho y redactado.
- b. La prohibición de tergiversar el sentido recto, propio y usual de las palabras.
- c. Restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los otorgantes hubiesen explicado su voluntad.

Cuando se concluye un negocio, que ata y liga a las partes, presupone la existencia de una propuesta y una aceptación, que culmina en el acuerdo o perfección del acto. Es decir, que los mismos tienen certeza de lo pactado y que ello debe cumplirse. Sin embargo, existen negocios mediante formularios o pólizas, elaborados por el imponente, lo que podría surgir duda en la interpretación del contenido, pero en este

¹² Garrigues, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág. 29.

caso se realizará en sentido menos favorable para quien haya preparado el mismo, según los Artículos 672 y 673 del Código de Comercio. La diferencia entre interpretar las normas jurídicas y los contratos, radica según la doctrina en el carácter objetivo y en la cualidad dual. En el primer caso, el que los realiza se limita a desentrañar el sentido del precepto, a despojarla de dudas y ambigüedades, a determinar su alcance. En el segundo caso, la tarea es más compleja, porque además de analizar tales elementos, debe tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes.

Por último, la buena fe, ha de servir para que se admitan conclusiones ajustadas a la ética, como las siguientes: Los contratantes, al redactar el instrumento, quisieron proceder como personas honestas y no con el propósito de crear confusiones; es un punto de partida y de llegada, en el entendido de que ha de ser lo más acorde con el desenvolvimiento de las relaciones contractuales; las declaraciones de los participantes deben ser en el sentido más conforme a la confianza.

1.12. La representación mercantil

En el ámbito de la actividad económica es frecuente su existencia, porque el comerciante delega funciones en sus auxiliares, ya sea que éstos actúen en forma dependiente o independiente, al llevar a cabo las relaciones comerciales.

Garrigues en torno al tema expresa lo siguiente: “La esencia de la representación mercantil consiste en que la persona que realiza el acto no busca como fin un interés propio, sino el de otro.”¹³ Este fenómeno de la cooperación, puede realizarse de dos maneras:

- a. Tratando externamente el negocio ajeno como suyo; la separación de los mismos permanece oculta; el agente actúa en nombre de él, entonces se habla de la actuación mediata, que satisface múltiples necesidades o conveniencias en el comercio.

- b. Cuando el agente obra en favor del representado, haciendo así visible la gestión de un interés extraño mediante la denominación del principal. Esta es la forma directa.

En todo caso, lo que debe perseguir el derecho mercantil al regular la presente institución, es proteger a los terceros que contratan con el que actúa por comerciante.

El Código de Comercio en el Artículo 670, establece que: “Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos de comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a tercero de buena fe.”

¹³ **Ibid.** Pág. 35.

Conforme la citada disposición jurídica y dada la sencillez y antiformalismo de la generalidad de contratos, no necesariamente debe acreditarse personería para poder concluir un negocio jurídico en nombre del mandante, sino por la función que desempeña dentro de la empresa se presume que está actuando en nombre de éste.

Por ejemplo: Los dependientes, que ejercen constantemente algunas gestiones propias de un establecimiento, por cuenta y en nombre del propietario de éstos; los agentes de comercio, actúan por orden del principal.

En conclusión, los actos de comercio, giran alrededor del negocio jurídico mercantil, que consiste; en el acuerdo de voluntades, que debe ser, sin vicios y fundado en los principios filosóficos de verdad sabida y buena fe guardada, que haya consentimiento libre de contratar y objeto lícito para que pueda surtir efectos legales. Porque, el objetivo general es; crear, modificar o extinguir relaciones de derecho, de manera que, la finalidad primordial de la contratación comercial es la honestidad entre ambos participantes para obtener beneficios recíprocos.

CAPÍTULO II

2. Contrato mercantil de tarjeta de crédito

Existe una generalizada opinión que estima el presente instrumento, como un título de valor impropio, así como de legitimación para obtener determinadas prestaciones o servicios o un medio que sirve para el ejercicio de derechos contractuales. También, se asegura que es una manifestación moderna de la antigua carta de crédito, algunas similitudes existen en todos éstos. Sin embargo, el examen de estas situaciones corresponde hacerlo dentro de los títulos valores, a fin de determinar la naturaleza jurídica de cada uno en particular, porque las especies del género tarjetas de crédito son muy variadas y existen diferentes clasificaciones; atendiendo al carácter del sujeto emisor, la cualidad del poseedor, el ámbito objetivo de su utilización, el espacio territorial de su empleo, las contraprestaciones del titular, las prestaciones que ofrecen y el modo de gestionarla.

La doctrina más reciente prefiere hablar de otro diferente, dentro del cual el mismo no es sino una de las que incorpora elementos que le permiten funcionar en las redes de pago electrónico. Desde ese punto de vista, son clasificadas según la tecnología que incorporan y de acuerdo a la forma de liquidación de las operaciones.

En el primer grupo, se encuentran las tradicionales y las nuevas; en el segundo, se ubican las de débito, prepagadas y de cargo diferido. Aquí se examina solamente aquella que por excelencia, es emitida por una institución bancaria bajo licencia de las grandes distribuidoras norteamericanas como: *Visa, Master Card, American Express o Diner's Club.*

Como documento de legitimación, la misma es nominativa e intransferible, está firmada por su titular, tiene impresa o grabada la fecha de vencimiento y dispone de una banda magnética y de números que permiten su individualización.

Los modelos más recientes incluyen la fotografía del poseedor y un chip incorporado que almacena información; también, exclusivamente destinadas a efectuar pagos en internet y evitar fraudes. El mismo es un instrumento cuya emisión y utilización pone en funcionamiento varias relaciones contractuales simultáneamente como las que a continuación se detallan:

- a. Obtener licencia de marca entre la empresa y el usuario.
- b. Crea un contrato asociativo o de colaboración entre el dador y las personas que lo aceptan.

c. Ofrece compras y prestación de servicios entre quien hace uso de ella, y quien recibe el pago hecho por éste.

d. Otorga apertura de crédito entre la entidad emisora y el cliente.

La intervención de los bancos en los negocios relacionados con la emisión y la utilización del mismo, es conveniente por numerosos motivos; disminuye el empleo del cheque y, por lo tanto, alivia los costos de operación del banquero; éste obtiene ingresos por el otorgamiento, sustitución y renovación, además, consolida su relación con dos clientes: Con el titular, a quien concede crédito y al mismo tiempo mantiene a sus depositantes; y con el afiliado, (generalmente un establecimiento comercial) a quien abonará sus depósitos en la cuenta bancaria que le inducirá a mantenerla. Lo cual constituye identificar que estas entidades compiten fuertemente entre sí para ampliar el número y la calidad de sus tarjetahabientes.

Para el empresario asociado al sistema, los inconvenientes de no recibir el pago inmediato en efectivo y el tener que abonar una comisión al emisor sobre la operación son compensados por la comprobada mayor inclinación del cliente al consumir. Éste por último, dispone de una herramienta cómoda de préstamo, beneficiosa si la usa prudentemente o perjudicial si se excede en su utilización.

La regulación legal de dicho instrumento es escasa en Guatemala, se pueden mencionar algunas disposiciones en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, de conformidad con este cuerpo legal las empresas distribuidoras están sujetas a control, y queda prohibido discriminar de manera alguna a los adquirentes de bienes o servicios, de modo que no se pueden variar los precios de acuerdo a la forma de cancelar que utilice el mismo. La definición de contrato de adhesión permite incluir en tal categoría él de los proveedores con los propietarios de la marca, del poseedor de la tarjeta de crédito con el emisor y el de éste con el comercio autorizado.

2.1. Concepto de tarjeta de crédito

Villegas Lara, al referirse al tema en mención afirma que: “Es un documento expedido a favor de una persona determinada, que le da derecho a adquirir bienes o servicios al crédito en los establecimientos indicados por el contratante.”¹⁴ El que tenga necesidad de usarla, concurre a estas entidades, en donde se le investiga su capacidad económica, vocación, y si resulta elegible, se celebra un contrato por el cual el comerciante que extiende el mismo se compromete a pagar, hasta una suma determinada, las compras que el titular haga con los comerciantes afiliados al sujeto que la extiende.

¹⁴ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 87.

El propietario paga una suma por su vigencia según el plazo; y garantiza al emisor en la forma que éste se lo exija. El tarjeta-habiente llega a un almacén indicado y compra una mercadería o hace uso de un servicio, el emisor le paga a éste, y el primero al dador el valor de los bienes obtenidos más los intereses que se hayan pactado.

Por su parte Dávalos Mejía conceptualiza que: “Es un instrumento que acredita a su tenedor como sujeto de crédito para obtener de la entidad comercial creadora o emisora de ésta, mercancías o servicios para pagar por un tiempo establecido.”¹⁵

Entonces se trata de un medio probatorio de un negocio de apertura de crédito, en que una empresa otorga a un cliente hasta una cantidad determinada, para que el usuario pueda obtener en los establecimientos del acreditante bienes o servicios cuyo precio pagará en la forma diferida en que haya convenido; usualmente, cada mes se le informa al cliente un estado de cuenta; quien hace los correspondientes abonos y vuelve a disponer del beneficio.

Generalmente tiene como base un complejo de negocios jurídicos. En primer lugar el emisor, casi siempre es un banco, abre una cuenta corriente para que por medio de la tarjeta pueda el usuario presentarse ante los comercios afiliados al distribuidor y

¹⁵ Dávalos Mejía, Carlos. **Títulos y contratos de crédito**. Pág. 300.

haciendo uso de su crédito obtenga lo que requiera, quien se los proporcionará inmediatamente, del que cobrará el importe de las disposiciones que haya realizado. En cada caso el titular hace uso de ella y luego, firmará un pagaré a favor del acreedor. Como el uso de estos documentos se ha extendido tanto en el campo nacional como internacional, el dinero está siendo separado de las transacciones comerciales y sustituidas por este importante invento jurídico mercantil.

2.2. Requisitos de la tarjeta de crédito

Se refiere al conjunto de aspectos que encierra este instrumento y que legalmente exigidas que son las que a continuación se detallan:

- a. Debe expedirse a persona determinada y no será negociable.
- b. Deberá contener el nombre y la firma autógrafa a favor de quien se expide.
- c. Indicará, el territorio y el plazo dentro del cual serán válidas.
- d. Únicamente la puede usar el poseedor en cuyo beneficio se extiende.

2.3. El contrato entre el titular de la marca y el banco

Los comercios bancarios, son los más importantes proveedores de éstas, tarea que realizan indirectamente, a través de entidades controladas por ellos. Para poder emitir tarjetas con marcas que no les pertenecen, como *Visa*, *Master Card*, *American Express* o *Diner's Club*, han de acudir a la suscripción de un contrato con el propietario de estas, el cual se califica en ocasiones como franquicia, aunque en realidad se trata más bien de una licencia para su uso.

En efecto, según la contratación anterior Morles indica que: “Es una técnica de colaboración empresarial mediante la cual se ha experimentado un producto, o un proceso productivo o distributivo, que concede a empresarios independientes autorización para producir o vender un objeto o prestar un servicio bajo los signos distintivos y conforme a las modalidades de comercialización del concedente.”¹⁶

La idea anterior, se acerca más a la reproducción de un negocio o establecimiento que a la de simple explotación de un nombre, que es lo que ocurre con la concesión para el uso del mismo. Con independencia de su naturaleza, la relación entre el banco y el propietario, generalmente con una poderosa entidad internacional, es de adhesión.

¹⁶ Morles Hernández. **Ob. Cit.** Pág. 2,320.

Los emisores ocupan la posición de los usuarios en este acuerdo, en el sentido de que la posibilidad de discusión de disposiciones particulares que se aparten sensiblemente del esquema contractual predeterminado por el comerciante propietario de la marca es muy remota.

2.4. El contrato entre el emitente y el titular de la tarjeta de crédito

El llamado tarjeta por antonomasia, es una contratación con cláusulas predisuestas por el emitente, con variaciones poco sensibles entre las distintas fórmulas del modelo básico utilizado prácticamente en el mundo entero por los distintos distribuidores.

La doctrina coincide con la opinión predominante que estima como una apertura de crédito la relación entre el banco y el usuario. La concesión de este beneficio es el estímulo que induce a las personas a solicitar la expedición de una de ellas y es la razón que tiene el tarjetahabiente para efectuar pagos con la misma.

Por otra parte, los modelos de contratos que se utilizan se deriva que esa es la intención de las partes al negociar; es decir, que éste se circunscribe; a su utilización como medio de cancelación de operaciones que el cliente realice con las modalidades del crédito, que son el objeto de estipulaciones contractuales detalladas y el mismo se

puede manejar al amparo de la cuenta corriente bancaria, las que también sirve para ser aplicada a la relación entre el dador y el tenedor.

Los beneficios de los emitentes, contra los clientes son a veces el valor subyacente de una emisión de títulos.

Por tal motivo, es una condición de estilo en los negocios de apertura, correspondientes a la cesión de los mismos sin necesidad de notificación del deudor.

Los bancos suelen enviarlas a ciertos clientes a título de cortesía, sin que medie solicitud de éstos ni suscripción alguna, planteándose el problema al momento del perfeccionamiento y de las reglas aplicables al mismo. Lo que se resuelve estimando como una manifestación de voluntad de la primera utilización, y lo segundo, necesariamente, con el recurso a los usos negociales.

2.5. El contrato entre el emitente de la tarjeta de crédito y el afiliado

El concepto, llamada de afiliación, es el suscrito por los dadores con los establecimientos comerciales y con las personas dispuestas a recibir el pago de bienes o servicios mediante la tarjeta.

El negocio atípico, regula dos cuestiones esenciales: El mecanismo de confirmación previa de cada operación y la forma cómo se acreditará o pagará al afiliado el monto de la factura.

Con los avances producidos por las nuevas tecnologías, se ha impuesto manera electrónica a través de máquinas que emiten comprobantes por duplicado, uno para ser firmado por el usuario y devuelto a la otra parte para ser conservado por aquél. Con el ejemplar aceptado por el cliente, el asociado obtendrá del emisor un abono a su cuenta, si es que al momento de la presentación no se han efectuado los cargos y abonos simultáneos al poseedor y al acreedor.

El contrato entre el oferente y las personas adheridas al sistema de utilización de este instrumento es de colaboración recíproca entre las partes; éste se obliga ante dador a aceptar las emitidas como medio de pago de los bienes que venda o de los servicios que preste al tarjetahabiente; este, a su vez se compromete a pagarle el monto de las facturas aceptadas y firmadas por el mismo, previo aviso electrónico o telefónico de cada operación, y no es una garante del pago, sino que asume la obligación de un tercero, cosa muy distinta, ambos tienen un interés común; participar en los beneficios de la venta hecha al titular. Esta nota acerca la contratación a los negocios asociativos.

2.6. La relación entre el titular de la tarjeta de crédito y el receptor del pago

El negocio jurídico entre quien vende un bien o suministra un servicio y el que efectúa el pago con éste instrumento no se altera en forma alguna porque en lugar de dinero se haya utilizado otra manera de cancelar. El vendedor de los productos o prestador de un beneficio sigue respondiendo ante el comprador o usuario y éste sigue siendo responsable para el hipotético caso de que el emitente no responda con el asociado. Las razones son muy sencillas; este no produce novación y el efecto liberatorio del deudor sólo se efectúa cuando el acreedor haya recibido efectivamente el mismo.

2.7. El contrato mercantil de adhesión en las tarjetas de crédito

Este tema, ha sido discutido profundamente en la doctrina, tanto por la forma en que se da el negocio como en lo referente a su conveniencia para contener auténticas manifestaciones de voluntad. Se le crítica, fundamentalmente, el hecho de colocar al cliente en una posición de desventaja frente al que le ofrece un bien o un servicio.

Sin embargo, quienes lo defienden consideran que es el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Así, se ha considerado que esta modalidad es más susceptible de darse en el campo mercantil; aunque no es

extraño en las relaciones civiles, aun cuando se le revista de procedimientos diferentes. En el campo comercial esta forma de contratar es lo más corriente. Por eso es que el Código de Comercio establece algunas reglas, tímidas por cierto, para interpretar la indicada prestación.

Esta clasificación, o especialidad es hoy en día de las más importantes, porque denominados actos de negociación a aquellos en que los otorgantes debaten o discuten; por lo menos, se encuentran en ellos la expresión del acuerdo para el contenido, del que, en el futuro ha de ser dotado el contrato, y que constituyen en el derecho la regla general. En cambio, por adhesión como indica Aguilar Guerra: “Son todos aquellos en que existe una previa prerredacción unilateral de acto que es obra de una de las partes, por medio de formularios, impresos, o modelos preestablecidos, que generalmente presentan estipulaciones abusivas o vejatorias para el consumidor y a la otra sólo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo.”¹⁷

Algunos ejemplos de estos, son las tarjetas de crédito, que son determinados por una producción masiva de bienes y servicios, que hace imposible la discusión individualizada con cada adquirente, lo que origina una situación de prepotencia por el imponente de las mismas.

¹⁷ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 69.

Su principal objeto, son las operaciones sobre prestaciones ofrecidos masivamente, y se caracterizan por la uniformidad de su contenido, desarrollado a través de cláusulas predispuestas por el emitente.

Algunas veces, adoptan la forma de formularios impresos en los cuales se llenan los espacios en blanco, y otras veces los términos aparecen en vallas, letreros, carteles, anuncios o prospectos.

Por otro lado, no debe ser visto como un fenómeno de patología económica, sino como un producto de la organización empresarial moderna dirigido a lograr la mayor eficiencia a facilitar y garantizar el intercambio de bienes que necesita una sociedad en desarrollo. Perfectamente normal desde este punto de vista, aparece, con frecuencia, más allá de los linderos de la libertad de comercial, como abuso de la posición de predominio de uno de las partes y como una desnaturalización del paradigma de contrato plasmado en la ley, concebido normalmente como acuerdo de voluntades precedido de tratos preliminares que se suceden en el tiempo, aunque, algunos civilistas nieguen que esta idea haya estado en la mente del legislador.

Es también, la fórmula que se utiliza en las operaciones de venta de bienes o en la prestación de servicios más frecuentes.

La doctrina, ha observado que el verdadero problema planteado no radica en la desigualdad de los disponentes, la cual se encuentra prácticamente en todos los contratos, sino que permite a una de ellas sustituir el régimen supletivo de los Códigos Civil y de Comercio en materia contractual por uno de carácter unilateral y de naturaleza abusiva.

Además, se caracteriza por el hecho de que el adherente acepta en bloque las estipulaciones redactado por el emitente, sin que pueda modificar su contenido. No es esencial que éste ejerza un monopolio de hecho de la actividad, sino que exista entre ellos un desequilibrio considerado. La redacción de los mismos en frases impresas aumenta la presión psicológica sobre el adquirente, pues éste piensa en un texto de contenido normal que todo el mundo firma y que no hay alternativa. Esta se ha trasladado al mercado electrónico, con mayor fuerza, puesto que los programas de los ordenadores o computadoras sólo disponen de dos opciones: acepto o no acepto; y a veces las condiciones generales del contrato sólo pueden ser conocidas si se utiliza un *link*.

En ocasiones, el consentimiento en este tipo negocios, se hace todavía más ilusorio, porque falta un texto completo; el cliente apenas recibe un pequeño papel o una pieza de cartón o plástico con referencias fuera de su alcance.

Otras veces se trata de anuncios contenidos en avisos de prensa, como lo hacen los bancos con las ofertas públicas. La fuerza obligatoria proviene del acuerdo de donde sólo ha habido manifestación de una sola voluntad, debiendo haber dos de ellas.

Con lo anterior descrito, se puede concluir que sin lugar a duda una de las características de las tarjetas de crédito es que es un contrato de adhesión de donde se originan las cláusulas lesivas; además, se puede observar que dentro de éstas se establecen las que van a regir a las partes pero para beneficio de una de ellas.

El carácter formal es evidente, aun en el caso de que no se extienda propiamente la misma. Sin embargo, en la práctica, la firma de un formulario para poder recibirla y disponer de ella, es una exigencia, o sea que estamos ante dos documentos; aquel en que se establece la relación entre dador o emisor y el titular de la tarjeta con la cual se hace efectiva la función de la operación de crédito.

2.8. Formación del contrato por adhesión

Es oportuno mencionar el carácter que la evidencia, en el sentido de que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus estipulaciones han de ser aceptadas o rechazadas.

Es la negociación por medio de modelos preestablecidos, y que es muy frecuente en la práctica bancaria.

Por otro lado, conviene diferenciar dos fenómenos: El primero se produce cuando todas las disposiciones han sido puestas en conocimiento de los interesados en el momento en que éstos dan su conformidad, y el segundo se da cuando el mismo ha quedado fuera del contrato, y el usuario en virtud de ello parece adherirse a ellas sin objetar.

Esta distinción ha permitido doctrinalmente hacer una separación entre las condiciones generales. El peligro de estas formas de comercializar es evidente. Si bien es cierto que facilitan la contratación en serie, porque el empresario no puede discutir individualmente el formulario previamente redactado. Pero también que le procuran todas las ventajas, eximiéndole generalmente de responsabilidad o aceptándola en términos tales que prácticamente se llega al mismo fin.

Además, frecuentemente, están redactadas las cláusulas de manera laberínticas y oscuras, aptas para su comprensión por especialistas solamente. La aprobación administrativa exigible en algunos casos no perfeccionan disposiciones predispuestas por los comerciantes, otorgándoles vigencia incondicional.

2.9. La estandarización de la materia contractual

Uno de los factores que limita la plena libertad para consentir es el progreso técnico que aboca una producción en cantidad de bienes y servicios homogéneos y destinados para su utilización o consumo a un gran número de personas. Ello significa que los propietarios tienen que establecer una serie indefinida de relaciones jurídicas, que por razones de eficiencia económica no pueden ser negociadas una por una, y que, por consecuencia se tienen que presentar en forma de contratos estándar.

Aparece así, la presente especialidad, detrás de la cual no sólo está la necesidad de racionalización y eficiencia económica que queda anotada, sino también la imposición de posiciones de hegemonía en el mercado de grandes operadores económicos, contratantes fuertes, sobre pequeños y medianos empresarios y consumidores débiles.

Aguilar Guerra al referirse al presente tema indica: “Es aquella que se manifiesta a través de dos aspectos que aparecen indisolublemente ligados: El primero de ellos consiste en que la prestación del consentimiento de una de las partes se hace a través de un puro y simple acto de adhesión a un clausulado prerredactado por la otra, el segundo consiste en que este mismo está formulado de una manera típica para todos

aquellos que se celebren con el predisponente, de tal manera, que todos queden sometidos a las mismas normas establecidas.”¹⁸ El nombre usual de estas reglas es el de condiciones generales.

La libre negociación parece no existir o estar considerablemente reducida. De todos modos, conviene no engañarse; los contratos forzosos, imperativos o dictados, las relaciones fácticas, las mismas indicadas, pueden alcanzar la configuración de verdaderos si la voluntad de los otorgantes se manifiesta a través del acuerdo y se exterioriza alguna libertad de decisión. Puede revelarse por medio de una conducta concluyente mediante las medidas tutelares para la parte más débil o los mecanismos defensivos. ¿Cuál ha sido la reacción de los ordenamientos jurídicos modernos frente al tema en mención?.

No cabe duda que ha sido una tendencia a la protección del interesado menos fuerte y ello, ante todo, por indiscutible exigencia de justicia conmutativa, por la lucha contra las cláusulas abusivas que se desvían del módulo de la buena fe, pero también por las mismas que el sistema económico determina de competencia libre, en donde los que alcanzan un mayor nivel de producción participan con la finalidad de mejorar la calidad técnica del producto y, al mismo tiempo mostrando su disposición al favorecimiento de

¹⁸ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 84.

la clientela mediante medidas especiales, que están dispuestos a asumir, porque de este modo expulsan del mercado o reducen a una posición marginal a los que no se encuentran en esas mismas calidades.

Es manifiesta la capacidad restauradora de la voluntad para contratar, de deficiente autonomía privada. Si una de las partes por prepotencia o abuso de la otra no puede hacer uso de ella, moverse en el ámbito de la igualdad y libertad, el ordenamiento jurídico a través de la legislación adecuada impone las reglas de juego del equilibrio comercial; de tal manera, que reducida o eliminada la libre expresión, aparecen las compensaciones que tratan de recuperarla.

Estos sistemas de protección aparecen hoy por una serie de vías que no son necesariamente distintas, sino en alguna medida concurrentes. Por una parte, comienza aparecer una específica regulación de los negocios de adhesión.

La segunda tendencia ha sido la creación o promulgación de los estatutos de consumidores, que son conjuntos normativos destinados a dar seguridad a los ciudadanos en cuanto a los aspirantes a la adquisición de bienes y el disfrute de servicios que inciden necesariamente en la regulación de los contratos celebrados o realizados por los clientes.

En conclusión, lamentablemente, los sistemas de protección a los usuarios son inoperantes y no responden a una política de consumo definida, por consiguiente lo reglado en los Artículos dos, cuatro y 119 inciso i) de la Constitución Política de la República de Guatemala, son normas vigentes pero carentes de toda positividad en virtud de lo expresado con antelación.

Finalmente, la tarjeta de crédito tiene una importancia en la vida económica ya que por medio de ella se puede adquirir productos, o el beneficio de un servicio, para pagarlos posteriormente, el problema radica en la posición en que se encuentra el titular de la misma que son condiciones de inferioridad y desigualdad de intereses, ello por quedar la voluntad sujeta a estipulaciones lesivas y en contra de la honestidad y porque sus cláusulas son catalogadas como abusivas.

CAPÍTULO III

3. Efectos contractuales y procesales que generan las cláusulas abusivas

La falta de cumplimiento por de una de las partes o de ambas a la vez en un instrumento válidamente celebrado, produce un conflicto jurídico que en la mayoría de ocasiones crea la necesidad de acudir a la vía judicial, básicamente a los órganos jurisdiccionales competentes, para debatir las diferencias del mismo y poder aplicar el derecho y la justicia; sin embargo, debemos reconocer el poder que ejercen las entidades dedicadas a la prestación de servicios de tarjeta de crédito frente a un consumidor débil y sin conocimiento pleno del acto, en donde se hace vital la participación de la autoridad correspondiente.

3.1. La intervención judicial en los contratos

La intervención judicial, disponiendo la actuación del juez en el caso referido, incide en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los contratantes, las razones que le han llevado a ello son las realidades de la vida financiera actual, las mutaciones de los modos de producción, de distribución y los imperativos del comercio. Como señala la doctrina en este sentido, es ese cambio económico el que se ha enfrentado a los

principios tradicionales que gobernaban el derecho de los negocios, contribuyendo a hacerlos aparecer en su dimensión real. La libertad e igualdad de los otorgantes productos de la declaración del consentimiento postulados en Código Civil, hoy en día se han transformado en un mito jurídico, especialmente por lo que se refiere a la contratación en masa y de las condiciones generales.

Desde esta perspectiva, es innegable indicar que en un gran número de casos este tipo de relaciones negociales ha sido parte de diferencias comerciales e incluso en fuente de ilegalidad. El intento de evitar que el mismo se utilice más como un instrumento de dominación de crédito o de intercambio, ha incitado al legislador a intervenir, para asegurar un cierto equilibrio entre ellos, a pesar de la desigualdad de hecho que existe en éstos. No debería pues sorprendernos especialmente la intervención del juzgador en este sentido. En cuanto a los efectos de esa decisión legislativa son menos graves de lo que a primera vista puede parecer.

3.2. El control de contenido contractual

Las cláusulas predispuestas que hayan quedado incorporadas, sólo son válidas cuando el adherente es un consumidor, y éstas si son consideradas de buena fe. Para determinar si una condición general es conforme a este principio, el operador jurídico

ha de imaginar qué es lo que sucedería si la disposición impuesta no existiese; es decir, si las partes no hubieran regulado la cuestión concreta objeto de litigio, lo que sucedería es, obviamente, que el juez tendría que aplicar la regulación que resulta de la utilización del derecho supletorio dispositivo, de los usos o de una valoración equilibrada de los intereses de ambos contratantes.

Una vez determinada la misma a la cuestión litigiosa si no existiese la disposición predispuesta, habrá de compararla con la que resulta de la que se haga o aplique a la condición general. De manera tal, que se puede afirmar que existe una discrepancia significativa entre ambas, lo cual perjudica al adherente consumidor y no está justificada por circunstancias, por lo que, habrá de concluirse que esta es contraria, y por lo tanto nula, entonces la cláusula es catalogada como abusiva.

Las medidas adoptadas por el legislador, aunque suelen ser imperativas y frecuentemente incluso de orden público, no hay supuesto para eliminar la libertad contractual de los particulares, han redibujado simplemente el espacio, en el que esa misma va a poder manifestarse. Ya subsiste, pero legalmente purificado de los excesos y abusos que las relaciones de fuerza entre agentes económicos provocan inevitablemente.

3.3. Calificación del contrato

Es frecuente que los comerciantes se equivoquen en el momento de la celebración del contrato, confundiéndose de nombre o previendo disposiciones que entienden erróneamente como jurídicamente obligatorias.

Derivado de ello surge el litigio, dichos errores se pondrán de manifiesto en el momento interpretativo, cuyo resultado primero y fundamental debe ser la calificación del mismo, esto es identificar el tipo o esquema contractual (típico o atípico) celebrado, para determinar, entre otras cosas, el régimen imperativo o, cuanto menos, las normas supletorias de dicho negocio.

Lo expuesto, coincide con lo que indica Aguilar Guerra quien sostiene que: “Los contratos son lo que indica y no lo que digan las partes involucradas.”¹⁹ Manifestando con ello, que tienen una realidad y por consiguiente alcance jurídico, tal como existen de hecho, al margen de las calificaciones que los intervinientes les hayan atribuido o quieran darle después y que tiene como consecuencia, no sólo determinar qué preceptos son aplicables al convenio en presencia, sino también a qué normas impuestas se halla sometido.

¹⁹ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 342.

3.4. Interpretación judicial de los contratos

Para el juzgador, a quien la doctrina y la jurisprudencia le reconocen soberanía para la interpretación de los actos mercantiles de tarjeta de crédito, como el derecho, se ha de interpretar de modo razonable, porque de no ser así no es legal. El concepto de razonabilidad comprende lo equitativo, lo lógico y lo acorde a la buena fe. En consecuencia, se ha de buscar las soluciones más racionales y éticamente más justas. La misma no puede conducir a la existencia de una justicia formal y exegética.

De tal manera que, él debe tener una postura del mercado como sistema capitalista moral. De esta forma, cuando se esté ante la preservación de un acto que ha nacido desigual e injusta estructuralmente, se debe hacer funcionalmente equitativa, y ética, porque, no toda ley por el hecho de estar vigente tiene un contenido que es justo, es un peculiar modo de ser positivo.

Sobre ello el profesor Mosset Iturraspe, afirma: “Nadie puede poner en duda que el contrato es el instrumento jurídico negocial para coadyuvar en las etapas económicas, y que la utilidad o provecho está en la base de la negociación, es su motor y muchas veces su razón de ser.”²⁰

²⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. **Manual de derecho civil**. Pág. 452.

Existen en la ley suficientes reglas para interpretar, pero la ponderación de los diversos elementos que concurren es obra del juez y del caso concreto, por ello él debe advertir, previamente, que existen, por lo menos dos concepciones: La que han construido los particulares de la libertad del individuo, de la utilidad y del pragmatismo; y la que han elaborado los seguidores de la tesis solidarista de la función social o del equilibrio negocial. Es de este precepto que se puede establecer que los resultados de estas nociones en la vida, en la contratación, son evidentes, según explica el autor mencionado, quien agrega que para los partidarios de este supuesto, el Estado, a través del legislador y del juez, debe dejar hacer, desentenderse de la relación negocial, consciente de que la persona es el mejor defensor de sus propios derechos.

La interpretación jurídica, es mucho más compleja que el simple y elemental análisis precedente, el recurso a la aplicación de los principios que regulan como debe analizarse un contrato, es muy frecuente en el derecho mercantil.

Los preceptos filosóficos fundamentales y el caso concreto es el que proporciona los elementos para una decisión ajustada, aunque ésta, en algún momento, parezca contrariar la norma aislada o una cláusula específica. Esta materia es una función delicada para los jueces.

3.5. La buena fe como criterio de interpretación contractual

La aplicación de éste a un conflicto particular no deriva de un juego de conclusiones lógicas, sino de juicios de valor. En este proceso estimativo, de dos intereses contrapuestos, uno de ellos se considera más valioso y, como consecuencia, se le reputa determinante respecto del contenido. Este mismo, es lo que se ha llamado un estándar jurídico, es decir, un modelo de conducta social o, si se prefiere, considerada socialmente como arquetipo. González, al referirse al tema declara: “Actuar conforme a la buena fe, es lo correcto, leal, honesto, de los contratantes.”²¹ Entonces, se infiere que esto implica poder confiar cuando las circunstancias lo hagan razonable, que las partes también actúan con esa misma corrección y lealtad.

3.6. Regla de interpretación de las condiciones generales

La regla contra *proferentem*, es recogida en el Artículo 1,600 del Código Civil: “Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato, insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de las partes se interpretarán a favor del otro.” Es evidente que el fundamento de esta norma, va destinado a que las dudas se resolverán en contra de quien las redactó.

²¹ González Miguel. **Observaciones en torno a la buena fe**. Pág. 497.

Es legítimo decir, que lo anterior expuesto impone al intérprete elegir, entre los significados posibles, el más beneficioso para el adherente, de modo que las condiciones que impongan obligaciones, debe ser restrictivo, mientras que las que le reconocen derechos deben ser de manera extensiva. En el precepto 672 del Código de Comercio, se pronuncia de la misma forma al señalar lo siguiente: “Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán así: Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.”

En ese sentido, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario estipula en el Artículo 49 lo siguiente: “Las cláusulas de los contratos de adhesión se interpretarán de acuerdo con el contenido literal de las mismas; en caso de duda, deberán realizarse en el sentido más conveniente al consumidor o usuario. Serán nulas *ipso jure* las cláusulas que infrinjan las disposiciones de la presente Ley.”

Es claro que esta anotación no aporta nada nuevo, toda vez que ya se encontraba regulado en las normas descritas con antelación. En los negocios con cláusulas predispuestas celebrados con consumidores se hace más exigente la obligación del predisponente de hablar claro y su responsabilidad por las declaraciones de voluntades emitidas.

En el derecho comparado, también tiene especial importancia la regla contra *proferentem* por ser aplicable a todos los supuestos en los que la oscuridad o duda es imputable de manera exclusiva a uno de los otorgantes, como sucede en el caso de las condiciones generales.

3.7. Interpretación desde la Constitución Política de la República de Guatemala

La promulgación de la Carta Magna obliga a todo juzgador a tener en cuenta su carácter de ley fundadora de todo el orden jurídico. De ahí, la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con preceptos superiores. Esto debe analizarse desde dos puntos de vista; el primero formal, implica reafirmar la normatividad y su rango jerárquico preeminente. Y el segundo material, supone que los valores y principios consagrados, operan como generales en derecho, informando al resto con eficacia reforzada, por ser constitucionales.

3.8. Interpretación del contrato e interpretación de la ley

Según Aguilar Guerra sobre el tema indica que: “Mientras la función del intérprete suele decirse; en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas, debe limitarse a liberarla de dudas y obscuridades, siendo por tanto, una esencialmente objetiva, esta

tarea es más ardua y compleja porque además de eliminar las eventuales ambigüedades, debe tratar de encontrar el concreto consentimiento de las partes, por lo cual ha de cumplir una función que es al mismo tiempo objetiva y subjetiva.²²

Por su lado, López, señala que: “La determinación del sentido y alcance de un precepto jurídico y la del negocio, no es sino la idéntica determinación con respecto a la reglamentación intersubjetiva que nace de una concorde voluntad sobre un objeto y con un concreto fin económico-social.”²³ Sentadas estas premisas, sobre el mismo se puede decir que: Es declarar cual sea la virtualidad de las palabras expresadas. Por lo que la actividad hermenéutica, no consiste en reformular el mismo, sino de discernir y explicar de modo ordenado y exhaustivo los efectos legales que produce desentrañar la declaración según el consentimiento y los otros factores a tener en cuenta.

Ahora bien, por ello mismo, debe tenerse firme la idea de que, en todo caso, interpretar las normas de carácter general posee una connotación que lo hacen distinta de los contratos. En cuanto que la primera, aun teniendo en cuenta su intrínseca dificultad es, como se ha puesto de relieve, muchos más circunscrita, porque se limita a liberar a las mismas de ambigüedades que pueden afectarlas y es, por consiguiente, esencialmente objetiva.

²² Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 347.

²³ López y López. **Ob. Cit.** Pág. 393.

La segunda debe cumplir la misma finalidad con respecto a una regulación que alcanza tan sólo su verdadero significado si se refiere al acuerdo de los que la crearon, de donde se deduce puede ser al mismo tiempo la anterior descrita y también subjetiva.

Un esquema especial asumen los Artículos 1,593 al 1,604 del Código Civil, porque, aunque en sí mismas consideradas, deben ajustarse a los cánones hermenéuticos a las disposiciones de carácter general, son disposiciones encaminadas a la fijación del concreto contenido de una dada reglamentación negocial, no pudiendo perderse de vista que la tutela de intereses generales, aún siendo su ámbito propio, quede, como criterio rector, en un segundo plano frente a la supremacía del acuerdo de los otorgantes.

Es oportuno señalar que López indica, que los principios rectores de la misma fundamentalmente son: “La búsqueda de la voluntad real de los contratantes, que trata lo que el Artículo 1,593 del Código Civil llama intención de las partes, Que es ante todo, la que presidió la formación y celebración del acto; la conservación del mismo, que debe dirigirse a que la cláusula discutida sea eficaz, entre una significación que conduce a privar de efectos y otra que le permite producirlos, que debe optarse por esta última; y el principio de buena fe en su aplicación a este punto contractual, según

se afirma es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante.”²⁴

De lo antes expuesto, se estima que la respuesta es afirmativa sobre la base de que el mismo no es una cuestión de hecho y debemos confirmar la naturaleza normativa de los Artículos 1,535, 1,602 del Código Civil. No obstante ello, en términos prácticos, la jurisprudencia demuestra con carácter general, una gran cautela con relación a los argumentos esgrimidos por los recurrentes respecto de la impugnación de la misma realizada por los tribunales de instancia, manteniendo ésta, salvo que pugne con la lógica interna de los referidos preceptos resulte manifiestamente arbitraria.

3.9. La nulidad de las cláusulas abusivas

La nulidad de las cláusulas abusivas, pretenden evidenciar en el fondo que faltó o que estaba mal formado en el momento de la celebración del negocio. Las condiciones generales que no quedan incorporadas por falta de conocimiento completo del adherente, o por su ambigüedad u oscuridad, revelan que la autonomía privada no ha existido o ha quedado notablemente reducida, por lo que una de las ellas no formó su autorregulación de intereses en el clima de libre decisión consustancial al instrumento.

²⁴ **Ibid.** Pág. 370.

Según Aguilar Guerra indica al abordar el tema señala “El ámbito de los contratos celebrados por consumidores y usuarios, las listas de cláusulas abusivas por inconcreción, obscuridad, lesión de la buena fe, vinculación del cliente la sometimiento del profesional, ausencia de equilibrio entre las prestaciones, muestran una defectuosa configuración de la voluntad y el propósito del legislador de restablecer la igualdad y la libertad de las partes contratantes a la hora de consentir.”²⁵

La Ley de Protección al Consumidor y Usuario, en el Artículo 47 establece: “Que no producirán efecto alguno, las disposiciones abusivas, vejatorias o leoninas descritas en esta norma”. En algunos ordenamientos, éstas serán inválidas y se tendrán por no puestas.

El legislador establece la llamada nulidad parcial del contrato con condiciones generales lesivas. Si se declara así una o varias de ellas, se mantiene, en principio, la eficacia de las restantes. La importancia de regular lo anterior expuesto en el derecho comparado, es que ésta puede ser reclamada por el contratante perjudicado y por asociaciones de consumidores y en este último caso, actúan en defensa de un interés concreto de alguno de sus integrantes como si lo hacen a favor de una conveniencia general.

²⁵ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 342.

La regla por consiguiente, de la conservación de la validez del acto, impone la necesidad de verificar una integración de éste, en la que evidentemente no juegan las declaradas nulas. Para ello, la misma debe ser la integración de las disposiciones legales, siempre que éstas existan, por tratarse de una acción típica.

Entonces, si no existe una forma legal dispositiva y éste es atípico, habrá que aplicar normas diferentes. Para determinar qué parte del contrato ha de considerarse inexistente, el juez ha de atender el concepto de cláusula en sentido material; es decir, un contenido de regulación autosuficiente que incluye un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Esto significa que no cabe declarar nula una disposición sólo parcialmente, por lo consiguiente no quedarán incorporadas al mismo las siguientes condiciones:

- a. Las que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer de manera completa al tiempo de la celebración de éste, o no haya sido firmada cuando sea necesario.
- b. Las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el mismo.

3.10. La nulidad de los contratos

Ossorio indica que es: “La ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma; vicio de que adolece un negocio si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como cierto por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo momento, sin necesidad de que se haya declarado.”²⁶

Por ende, aquellos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando estuviere prohibido el objeto principal del contrato; o no tuviese la formalidad exclusiva y ordenada legalmente, o cuando dependiese para su validez circunstancias especiales y fuesen inválidos los respectivos instrumentos.

Además, se ejerce siempre de pleno derecho, porque no necesita ser reclamada por parte interesada, inversamente a lo que sucede con la anulabilidad, que se reputan legales mientras no sean declarado lo contrario; y sólo se tendrá ilegales desde el día de la sentencia que así se pronuncie; y puede ser completa, cuando afecta a la totalidad del acto, o parcial, si las disposiciones no perjudica a otras, cuando sean separables.

²⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 419.

También, se habla de ella con referencia a las causas que privan de validez a los mismos por vicios existentes *ab initio*; a diferencia de la resolución y rescisión que los extinguen por circunstancias sobrevinientes. El negocio es inexistente y carente de todo efecto, cuando le falta alguno de los elementos necesarios para su constitución; capacidad de los contratantes y el consentimiento, además de estos que exista, ilicitud de la causa, defecto de forma, imposibilidad e indeterminabilidad de la prestación.

3.11. La conversión del contrato nulo

La ineficacia del contrato nulo es definitiva, sin que pueda ser sanada por las partes; sin embargo, puede ser que el mismo se pueda mantener con una finalidad distinta a la inicialmente prevista, salvando con ello el inconveniente que se opone a su objetivo.

A esta idea responde Aguilar Guerra que la define como: “Aquel medio jurídico por virtud del cual un acto ilegal, que contiene, sin embargo, los requisitos sustanciales y de forma de otro válido, queda transformado en aquel cuyas exigencias reúne.”²⁷ Para que pueda adoptarse tal medida es importante, que coincidan las características sustanciales del que le va a sustituir, siendo además necesario que este último responda al intento práctico de las partes.

²⁷ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 426.

La conversión, no está regulada de forma expresa en el ordenamiento jurídico, aunque quizá pueda considerársele como una consecuencia de la buena fe a la que se refiere el Artículo 1,519 del Código Civil.

3.12. La simulación

Para Coderch este término proviene de la voz latina *simulare*, que significa: “fingir o hacer aparecer lo que no es cierto, comprendiendo de este modo dos ideas contrapuestas con un tronco común; el engaño, que puede consistir en una ficción con la que se pretende aparentar a la contraparte haciéndole creer en la existencia de algo que no tiene entidad, o bien en un disfraz que oculta la realidad mostrando una cosa diferente.”²⁸ La simulación lleva dentro de sí misma la idea de ocultar, considerándose esencial no que se logre, sino que se haya procedido falsamente, esto existe siempre que se quiera revestir la realidad con fin de fraude.

El concepto común puede, perfectamente, ser trasladado al campo de los negocios jurídicos, donde se denomina; aquél que tiene una actuación distinta a la realidad, sea porque no existe en absoluto, o bien porque el realmente efectuado no es el que aparece en el contenido.

²⁸ Coderch, Salvador. *Simulación y deberes de veracidad, estudios de dogmática jurídica*. Pág. 432.

Entre la forma externa, ritualidades y demás circunstancias que rodean la celebración de un negocio, y su esencia íntima hay un contraste notable; el que dada sus características y estructura aparece como serio y eficaz, es en el fondo ficticio o constituye una máscara para disfrazar a otro completamente diferente, provocando en el público una idea equivocada sobre la realidad del acto.

Ferrara define esta especialidad como: “La declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia un negocio jurídico que no existe, o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”²⁹

En opinión de este autor, existe uno sólo, el simulado, si bien el proceso distingue dos manifestaciones; una externa, dirigida a engañar a los terceros haciéndoles creer en algo que únicamente es una ficción, y otra interna, esta vez secreta, en la que las participantes indican su verdadera intención contractual. Afirma, por lo tanto, la existencia de divergencia consciente entre consentimiento real y aparente.

Desde esta perspectiva, éste acto representa un conflicto entre la interna y la declarada, pero a diferencia de los anteriores vicios, viene provocada por un acuerdo

²⁹ Ferrara, Federico. **La simulación de los negocios jurídicos**. Pág. 56.

de ambos contratantes, que se denomina simulatorio, por el que deciden emitir su conformidad que no corresponde a lo realmente deseado, el mismo no se manifiesta al exterior. Existen, así, dos ellos: La simulada que es la que se expresa, y la disimulada, que puede consistir en el arreglo de no celebrar ningún negocio, u otro diferente al manifestado y con otras condiciones.

En este orden de ideas, de Castro señala: “Esto existe cuando se oculta bajo la apariencia de un acto jurídico normal otro propósito diferente; ya sea éste contrario a la existencia misma (absoluta), o el propio de otro tipo (relativa).”³⁰

Atendiendo al aspecto especial bajo el cual se la considere, reviste diversas formas o denominaciones, tal como la regula el Código Civil en los Artículos 1,285 y el 1,286 al enumerar dos categorías: “La simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; no produce ningún efecto jurídico; y es relativa cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, una vez demostrada producirá los efectos encubiertos, siempre que su objeto sea lícito”.

En consecuencia, de lo anterior citado los elementos integrantes son: El acuerdo fingido, la finalidad de hacer incurrir en error a la contraparte, y la discordancia

³⁰ De Castro, Federico. **El negocio jurídico**. Pág. 334.

consciente entre lo expuesto y lo querido. Los autores deciden por sí mismo y su declaración coincide con su voluntad, lo que ocurre es que existe entre ellos conformidad en que su consentimiento sea puramente aparente; es decir, que no opere como reglamentación preceptiva de sus intereses. Por eso se trata de un fenómeno autónomo que precisa de un tratamiento jurídico especial.

3.13. Contratación en fraude de ley

Tomando en consideración el principio de la preeminencia de la realidad, éste se caracteriza porque la norma que le sirve de base legal no es la que lo afecta, sino otra de carácter prohibitiva del mismo ordenamiento jurídico.

Según los Artículos tres y cuatro de la Ley del Organismo Judicial, indica lo siguiente:

“Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario. Además: los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho. Y los realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.” De lo expuesto, se desprende que concurre siempre un acto que se acoge a la protección de un precepto que está

dada para una determinada finalidad, y que el autor de aquél pone al servicio de otra diferente, evitando así la aplicación de la defraudada. La peculiaridad de la figura reside en la cobertura legal, que hay que destruir. De lo anterior, se deduce que el fraude no requiere una intención dirigida a tal fin, que sería además muy difícil probarla, porque el objetivo es la defensa del cumplimiento de las disposiciones reguladoras, no el interés malicioso del contratante.

Para concluir, se puede señalar que la participación de los órganos jurisdiccionales a través del juez es vital en la interpretación y análisis de los contratos mercantiles de tarjeta de crédito que son generalmente de adhesión, y porque en sus disposiciones y cláusulas se omiten requisitos legales exigidos para su vigencia; en consecuencia, los efectos provocan conflictos legales, judiciales y económicos, debido a la constante violación de los derechos de los consumidores y usuarios quienes son las partes más afectadas debido al incumplimiento de preceptos contractuales.

CAPÍTULO IV

4. Las cláusulas abusivas en los contratos mercantiles de tarjetas de crédito

En este tipo de contratos, se puede observar disposiciones contenidas en los formularios contractuales en las que el consumidor y usuario no ha participado en su creación, únicamente se plasma los beneficios del imponente, violando los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe, provocando desventaja entre las partes por ser desiguales ambiguas, oscuras y contradictorias, en las que únicamente hay que adherirse a las imposiciones determinadas por el autor.

4.1. Las condiciones generales contractuales y cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito

Una de las realidades de la vida comercial contemporánea es la inclusión por parte de los operadores económicos en los negocios de adhesión condiciones generales los que han sido redactados por las asociaciones, por las empresas líderes del ramo o por ellos mismos y, en todo caso, reglas que han sido impuestas por el emitente. Esto también aparece en los que son redactados por los bancos y compañías de servicios.

Según Durán al referirse a ello sostiene: “En este tipo de contratación es frecuente encontrar estipulaciones de exoneración de responsabilidad a favor del emisor, limitaciones de cifras simbólicas que por sí mismas constituyen una cláusula abusiva.”³¹

En relación al mismo Morles afirma: “Es una libertad dentro del estado social y en este sentido, hay que enfrentarse con el abuso de la misma actuada por los poderes económicos, como son los pactos restrictivos de la libre concurrencia y como lo es también el control de las condiciones generales de la contratación.”³²

La doctrina, especialmente alemana, desarrolló la idea de que las disposiciones que una parte introduzca para completar el negocio individual son ineficaces cuando disminuyan inequitativamente los derechos de la otra parte; y que son eficaces sólo en cuanto las desviaciones en ellas contenidas respecto de la regulación legal estén justificadas por lo especial de la situación imperante. Pero la española, paralelamente, ha afirmado que el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad o especialidad de contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia a la ley, por más que se trate de una aparentemente dispositiva; y las normas legales reguladoras de ellas y de cada una en particular son preceptos en que

³¹ Durán, Rivacoba. **Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas**. Pág. 245.

³² Morles Hernández. **Ob. Cit.** Pág. 2,221.

el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes y tienen una función ordenadora, por lo que no pueden ser desplazadas sin razón suficiente.

Algunos criterios sobre condiciones generales son los siguientes:

- a. El control del contenido, para sancionar las disposiciones lesivas.
- b. La generalización de la regla contra *stipulatorem* y el establecimiento de la cláusula más beneficiosa para el adherente.
- c. La conformidad de las mismas, con las exigencias de la buena fe.
- d. La prohibición de estipulaciones sorprendentes.

El fenómeno de la negociación por medio de formularios como los modelos bancarios de tarjetas de créditos o mediante reglas preestablecidas sitúa normalmente en una posición de inferioridad al cliente o consumidor, cuyos derechos se ven recortados o disminuidos y sus obligaciones aumentadas, y ocurre justamente lo contrario respecto a la posición del predisponente.

De este planteamiento se desprende que no es económicamente posible una prohibición total y que las medidas de política jurídica que se deben adoptar son las de sujeción del mismo a un control riguroso, que impida la situación de abuso, respecto a la parte más débil.

Aguilar Guerra al abordar el tema indica que: “Condiciones generales de los contratos son, normas determinantes del contenido contractual, total o parcialmente, establecidas de manera unilateral por uno de los contratantes, para una serie indefinida de negocios, sin que éstos puedan hacer otra cosa que adherirse a las mismas o rechazar la oferta.”³³

Águila Real, quien ha estudiado a profundidad este fenómeno afirma: “Que las cláusulas predispuestas o no negociadas individualmente son aquellas que han sido prerredactadas y cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes.”³⁴ Es decir, el principal problema que plantea estas disposiciones es la posibilidad de abuso de la parte dominante, que es la que las establece, frente al adherente, que se encuentra en determinadas ocasiones en una posición desigual porque incluso su libertad de negociar es de facto inexistente, porque se trata de bienes o servicios esenciales o muy necesarios para la vida de las personas, y el

³³ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 87.

³⁴ Águila Real, Alfaro. **El derecho de las condiciones generales y cláusulas predispuestas.** Pág. 35.

suministrador se encuentra en una posición privilegiada. Los autores, pueden establecer la condición en el momento de celebrar el acto o después de la perfección, en cuyo caso se está realizando un convenio de alteración objetiva, que puede o no provocar una sustitución global de la reglamentación.

4.2. Elementos que caracterizan las condiciones generales

Se consideran tres puntos esenciales y que son de suma importancia para su estudio:

- a. Contractualidad: Las condiciones generales deben haber sido redactadas con finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de negociaciones.
- b. Predisposición: Esto implica que se han elaborado de manera unilateral por el disponente. Es evidente que la formulación por escrito pone de manifiesto la redacción de las mismas, máxime si están impresas con antelación.
- c. Imposición: Esta característica deviene de incorporar al contrato estipulaciones dictadas por el imponente, y cuando no han sido negociadas entre ellos, de forma que, el adherente no ha podido influir en su contenido.

4.3. Diferencia entre condiciones generales y cláusulas abusivas

Una cuestión compleja, es la que se refiere a cómo distinguir las nociones de dichos términos, si partimos de la propia literalidad, parece bastante claro que se trata de fenómenos distintos. Por una parte, el relativo a las condiciones generales, cuyo empleo por los negociantes se justifica por la necesidad de racionalizar la actividad comercial que aquéllos protagonizan en el desempeño de sus intereses.

En este sentido, hay que dejar claro que estas disposiciones no surgieron en el tráfico jurídico como una creación caprichosa de sus autores, sino sólo cuando existían ciertas circunstancias económicas que las hicieron imprescindibles, las que deben ponerse necesariamente en conexión con la aparición de la revolución industrial, origen indiscutible, desde el punto de vista histórico.

El progreso de la economía moderna hace tiempo que ha generalizado su uso, de manera que difícilmente hoy podríamos sustraernos, al menos en muchos casos, a esta forma de contratación. Esto no implica, sin embargo, que su empleo masivo por parte de los operadores económicos haya sido uniforme en todos los ámbitos ni tampoco en todos los países, pues ello depende del grado de concentración de las actividades productivas y de distribución.

En todo caso, actualmente estas estipulaciones constituyen una institución autónoma dentro del derecho de obligaciones con su propia dinámica y régimen jurídico. El campo de las mismas puede referirse tanto a las relaciones entre comerciantes y consumidores como a las que se establezcan solamente entre empresarios o profesionales.

El término, cláusulas abusivas puede referirse a cualquier contexto contractual, sin que ello tenga que identificarse necesariamente con las condiciones generales. Estas no son siempre lesivas, aunque puedan serlo, porque, esto también puede ocurrir con las establecidas en un acto particular celebrado entre las partes. Por consiguiente, el carácter de las mismas se refiere a su contenido y no a su propia naturaleza.

Durán al referirse al tema expresa que: “Es aquella que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando existe negociación individual.”³⁵ Las mismas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en las que se aprecie el carácter abusivo.

³⁵ Durán, Rivacoba. **Ob. Cit.** Pág. 120.

4.4. Consideraciones acerca de las cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito

Las prohibiciones fundamentales proceden de los grandes principios del derecho que se han gestado desde siempre, pero que se convirtieron en verdaderas categorías a partir de la segunda mitad del siglo XIX. En el fondo, pretenden reedificar el negocio desde valoraciones éticas e igualitarias, en la búsqueda de un justo equilibrio de las prestaciones como forma de tutelar a la parte más desamparada.

Esto se reduce a una imposición y pierde libertad e igualdad ahora y siempre, si las estipulaciones son oscuras, ambiguas, mal redactadas, unilateralmente beneficiosas para el predisponente, expropiatorias de los derechos del adherente; si desnivelan el principio de reciprocidad de intereses.

La doctrina suele comenzar el estudio del tema afirmando que el derecho legal dispositivo en materia contractual suministra un modelo de conducta que tiene en cuenta adecuadamente el conflicto, de modo que cualquier desviación respecto al mismo requiere una especial justificación, a riesgo de considerar inequitativa la ordenación establecida.

Aguilar Guerra sobre las mismas indica que: “Las cláusulas abusivas se encuentran presentes con frecuencia en la contratación bancaria, que son sectores del tráfico mercantil cuantitativa y cualitativamente más importante.”³⁶

Dentro de estas se ubican las que a continuación se detallan:

- a. Aquellas que vinculan el contrato a la voluntad del profesional.
- b. Las de prórroga automática.
- c. Resolución unilateral; la posibilidad de modificar el tipo de interés, resolución de condiciones, indemnización desproporcionalmente alta, disposición de vencimiento anticipado.
- d. Privación de derechos básicos del consumidor, limitaciones de responsabilidad, repercusión de errores, facultad de compensación, renunciaciones.
- f. Conformidad sobre hechos ficticios, atribuciones de gastos, y de servicios complementarios, e imposición de la carga de la prueba.

³⁶ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 99.

4.5. Definición de cláusulas abusivas

Durán opina de la siguiente manera: “Cada una de las disposiciones de un contrato, siendo las cláusulas parte integrante del acto jurídico, a ellas alcanzan los efectos y la obligatoriedad relativa al mismo.”³⁷ De manera tal, que son independientes unas de otras y forman un conjunto, lo que es la esencia del negocio. Asimismo, las estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que de éste se derivan.

4.6. Características de las cláusulas abusivas

El conjunto de éstas, son todas aquellas que afectan una contratación, omitiendo los principios y requisitos que normalmente integran el contenido del mismo y que son:

a. Ilegibles

En la actualidad, constantemente se observa en los formularios preparados por él emite de la tarjeta de crédito la violación a la autonomía de la voluntad, en el cual

³⁷ Durán, Rivacoba. **Ob. Cit.** Pág. 120.

las cláusulas se encuentran con escritura muy pequeña que deja al usuario en una posición de desventaja debido a que es difícil de leerlas por lo que optan únicamente a aceptarlas. El Artículo 48 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario se refiere al mismo indicando: “Las cláusulas deben estar escritas en idioma español con tamaño de letra legibles a simple vista.” En relación a este precepto legal, es evidente la falta de cumplimiento de esta norma ya que el documento ofrecido al usuario, ya ha sido redactado con anterioridad sin observancia de los requisitos señalados, por lo tanto, es contraria y además inválida.

b. Incomprensibles

Esto se puede apreciar en aquellos preparados con antelación, debido a que el que contrata es un profesional en el ramo, redactando detenidamente las disposiciones a favor del emitente con términos y fórmulas que el usuario no comprende y que van insertas en éste y que al final le causa un perjuicio económico al poseedor.

c. Ambiguas

Por la gran cantidad de ellas, muchas veces innecesarias hacen que éstas se conviertan en abusivas, debido a palabras, frases, o textos de doble o dudoso sentido

y que en algunas ocasiones el consumidor o usuario tiende a confundirse debido a que son oscuras y de poco conocimiento.

d. Desigualdad de las partes contratantes

La formación del contrato es para el Código Civil un asunto entre particulares que son iguales ante la ley, y que por consiguiente, deben procurar la satisfacción de sus intereses de forma personal e individual. Pero hoy en día nos vemos obligados a firmar determinados formularios con disposiciones y condiciones predispuestas por la que se puede denominar la parte económicamente fuerte, de forma tal que, realmente al celebrarlos no hay paulatina aproximación o coincidencia de acuerdo entre las partes como regla general indiscutible.

e. El plazo

Villegas Lara lo define como: “La cláusula en virtud del cual se subordina a un acontecimiento futuro y necesario el ejercicio de los derechos o la exigibilidad de las obligaciones del acto jurídico.”³⁸ Este reúne los siguientes elementos; debe ser futuro, debe ser fatal; es decir, que necesariamente ha de cumplirse, se sabe que sucederá

³⁸ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 9.

pues no hay incertidumbre, también puede ser inicial y final, es suspensivo cuando es exigible a partir del día fijado, cumplimiento del término que no produce retroacción de los efectos del contrato, es final o resolutorio cuando la obligación deja de tener efectos al llegar la fecha señalada.

De lo anterior, se infiere que el cumplimiento aludido está sujeto a un tiempo, o sea lo que el deudor debe cumplir en un periodo determinado. De acuerdo con el Artículo 1,283 del Código Civil, cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a libre decisión del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo declare. Si así fuera el procedimiento que se siguiera ante actos comerciales, sin éste, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el presente tráfico, además de hacer negatoria la característica del poco formalismo.

Entonces, es aquí surge entonces una segunda especialidad cuando se omite, ya que es exigible inmediatamente, la única excepción a lo establecido en esta regla es que el plazo sea consecuencia de la misma naturaleza del negocio, en cuyo caso no operaría. Por ejemplo, si se celebra una compraventa cuyo precio se pagará por abonos, es lógico que la misma no se consume en el mismo acto.

f. Capitalización de intereses

Este fenómeno, era conocido en las actividades efectuadas por los bancos; pero el Código de Comercio lo extendió a todo tipo de obligación, siempre que así se pacte, indicando que la tasa no sobrepase la máxima que éstos cobran. Esta característica, es duramente criticada por la doctrina, pues es uno de los aspectos negativos del actual cuerpo legal, porque va en contra de grandes masas de la población que consumen bienes y hacen uso de los servicios, por consiguiente se considera que una futura visión debiera suprimirla o eliminarla. Contrariamente, el Artículo 1,949 del Código Civil lo prohíbe permitiéndola únicamente a la entidad indicada con antelación.

g. La mora

El autor antes citado indica al respecto que: “Es el *estatus* jurídico en que se encontrará el sujeto si no cumple con lo pactado o no acepta la exigencia que le hace el deudor, según el caso, en virtud de los respectivos vínculos.”³⁹ En la negociación se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el tiempo haya vencido. Así se adquiere la condición de moroso. Hay un mandato para éste, de pagar daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, cuando el deber tuviere por objeto

³⁹ **Ibid.** Pág. 5.

una cosa cierta y determinada o determinable; que se cuantifican en relación al monto sobre el precio señalado.

Esta especialidad que favorece privilegiadamente al acreedor, es injusta porque no entra a considerar que realmente provocó el incumplimiento del cliente.

Esta norma tiene su fundamento pero no debió legislarse dejando a una de las partes completamente desprotegida, si la prestación es pecuniaria, el proveedor puede estimar que los daños y perjuicios sobrepasan la cantidad que representa el interés legal o las sumas que hayan establecido y que como consecuencia puede reclamar el excedente.

Además, estas disposiciones deben modificarse, en virtud que la normatividad en materia mercantil debe hacer realidad la igualdad ante la ley, y colocar a los contratantes en similar calidad subjetiva de derechos.

4.7. Los supuestos típicos de cláusulas abusivas

En todo negocio o contratación en donde participan un emisor y un adquirente con el afán de obtener algún beneficio de cualquier índole, existe la posibilidad de omisión o

violación a los preceptos establecidos que rigen dicho acto, que sin dudar el afectado es el que recibe la imposición de las estipulaciones, dentro de las cuales se encuentran o consideran abusivas las que se detallan a continuación:

- a. Las que otorgan la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

- b. Las que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor y que lo ubican en una posición de desequilibrio.

- c. Incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamientos, aplazamientos, recargos, indemnizaciones, o penalizaciones que no correspondan a las prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

- d. Las condiciones lesivas, que deben entenderse como la aplicación de concesión de crédito.

- e. Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente a los clientes y las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto.

- f. La repercusión sobre los usuarios de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios, o de domiciliación de pagos que no sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se le ofrecieron gratuitamente.
- g. La inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la parte débil.
- h. La imposición de renunciaciones a los derechos reconocidas en la ley, y que limiten la libertad del adherente de contratar con terceros.
- i. Por último, los pactos de sumisión expresa a jueces o tribunales que no sean los del domicilio del demandado.

Además de lo señalado se puede considerar abusivas cinco grupos de estipulaciones contractuales las cuales pueden ser las que a continuación se describen:

- a. Las que impongan disposiciones injustas de contratación.
- b. Que sean exageradamente gravosas para el cliente.

c. Las que contraríen los derechos del consumidor y del usuario contenidos en la ley.

d. Las que le causen indefensión.

La configuración de la cualidad lesiva de una cláusula depende de la aplicación de los criterios suministrados por la legislación, la cual, además, ha tomado la precaución de indicar de modo enunciativo, supuestos constitutivos de condiciones abusivas; la aplicación injustificada de maneras desiguales para proveer productos que ponga a los adquirentes en situación de desventaja frente a otros; la subordinación de proveer un bien o suministrar un servicio a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o de conformidad con el uso correcto del comercio no guarde relación directa con el mismo; en ese aspecto, es de hacer notar que ello repercute en la negativa injustificada de satisfacer la demanda del cliente, la imposición de precios y otras formas de comercialización, sin que medie justificación económica.

Las estipulaciones indicadas son inválidas no así el contrato, la nulidad de éste configura una contradicción con otras normas que se ha de resolver mediante la aplicación de dos enunciativos, lo útil no es afectado por lo que no lo es, entre dos soluciones, una contraria y otra favorable a la preservación del negocio, se debe preferir esta última.

4.8. Efectos de las cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito

Se refiere todas aquellas consecuencias ya sean negativas o positivas que por estar ubicadas dentro del contenido de un acto válidamente celebrado provocan ilegalidad se no llenan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. El Artículo 47 de la Ley de Protección del Consumidor y Usuario establece: “Que no producirán efecto alguno, las cláusulas abusivas, vejatorias o leoninas descritas en los contratos de adhesión las estipulaciones siguientes:

- a. Las que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su sólo arbitrio el contrato, salvo cuando esta se conceda al consumidor o usuario en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario o catálogo, usando medios audiovisuales u otras análogas y sin perjuicio de las excepciones que las leyes indican.

- b. Que establezcan incremento de precio del bien o servicio por accesorios, financiamiento o recargos no previstos salvo que los mismos correspondan a prestaciones susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y las que estén consignadas por separado en forma específica.

- c. Además las que hagan responsable a los clientes por los defectos, deficiencias omisiones o errores de los productos cuando les sean imputables.
- d. Las que contengan limitaciones de responsabilidad ante el usuario, que puedan privar a éste de su derecho o resarcimiento por deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esenciales del bien o servicio.
- e. Así mismo, las que incluyan espacios en blanco que no hayan sido llenados o inutilizados antes que se suscriba el documento.
- f. Las que impliquen renuncia o limitación de los derechos que esta Ley reconoce a consumidores y usuarios.”

Los incisos anteriores hace referencia que los actos que violan el presente precepto quedan nulos debido a que la misma indica que no producirá efecto alguno, por lo tanto, se debe notar que lo que pretende el cuerpo legal señalado es darle una protección a los adquirente y usuarios por ser los más afectados, que sin lugar a duda las mismas han sido impuestas con el afán de que exista igualdad y similares beneficios para los participantes en el negocio.

4.9. Soluciones para el control de cláusulas abusivas en tarjetas de crédito

Existe una lucha por el control, de los valores de la honradez, honestidad, fidelidad y confianza, contra rótulos propios del derecho estricto, como el que firma se obliga y contra una concepción muy formal de la autonomía privada, que incluso finge su existencia y que no está familiarizada con las vastas aplicaciones de los principios, que domina todo el ordenamiento jurídico y de modo muy especial a los negocios. La buena fe y la libre expresión de la voluntad son fundamentales en el presente tema. El primero, de ellos en sentido objetivo, que es el que aquí interesa aunque siempre ha estado presente en el sistema legal.

Para evitar los abusos que tan desmedida desigualdad de las partes conlleva, se articulan mecanismos de control y que son básicamente de tres tipos:

a. Legislativo

Dictando normas de carácter general que impongan un determinado contenido, a las cláusulas abusivas o prohibiendo su inclusión en las contrataciones, consideradas especialmente perjudiciales, o sencillamente, prohibiendo de modo genérico las que pueden ser así calificadas.

Lo que se persigue es que sean presentadas y redactadas en forma tal que al consumidor o usuario le resulte posible y fácil de conocer materialmente y comprender intelectualmente su contenido, a través del cual se persigue el objetivo de que el cliente pueda manifestar su conformidad con el acto, a cuyo efecto se exige que el mismo disponga un ejemplar de las aplicables o pueda acceder a un examen con carácter previo o simultáneo a la celebración del mismo.

De ahí, estriba que se establezcan diversas formas destinadas a facilitar lo anterior descrito y se exija que el adherente manifieste su postura en el momento preciso.

b. Administrativo

Que se realice a través de la exigencia de una autorización inicial con el objeto de prevenir el abuso de la parte dominante; es decir, del emitente. El Artículo 52 de la Ley de Protección del Consumidor y Usuario indica: "Registro, los proveedores en los contratos de adhesión deberán enviar copia del mismo a la Dirección para su aprobación y registro, cuando cumplan con las leyes del país en su normativa." De manera que, al estar registrado el mismo, los proveedores deberán hacer referencia en las estipulaciones de la resolución de inscripción de las mismas. Ya que es de hacer notar que este precepto es carente de positividad.

c. Judicial

Haciendo jugar en la interpretación del contrato la regla *stipulatio contra proferentem* según el Artículo 1,600 de Código Civil y 672 del Código de Comercio y, sobre todo, los principio de la buena fe y verdad sabida, ya sea en función puramente interpretativa, o bien como elemento integrador.

4.10. Regulación de protección al consumidor y usuario de cláusulas abusivas

Modernamente, la promulgación en el ordenamiento jurídico de los llamados estatutos de los clientes ha sido una de las formas legales de protección de los ciudadanos en cuanto a adquirentes o aspirantes a la adquisición y al disfrute de bienes y de servicios.

Efectivamente, esta política se regula en los Artículos dos, cuatro, 44 y 119 inciso i) de la Constitución Política de la República de Guatemala y que son desarrolladas por la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

En todo caso, el cuadro constitucional se asocia con otros principios políticos primarios, que se enmarcan el favor de los consumidores y usuarios; entre ellos, hay

que mencionar el Artículo 43, que dispone que:” Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo.”Por lo anterior expresado debe de tenerse en cuenta los siguientes incisos:

- a. Los derechos pueden ser ejercitados por los propios interesados y por las asociaciones y organizaciones de estos. Generalmente, más allá de la estricta relación entre sus integrantes, la ley faculta para ejercitar acciones en favor de los intereses generales. Por ejemplo, para hacer cesar una publicidad engañosa o para pedir la nulidad de las cláusulas abusivas contenidas en condiciones generales de la contratación y resarcimiento de daños cuando no exista genuina relación representativa con las personas que hayan sufrido o padecido el mismo.
- b. Las diferentes leyes contienen una regulación de estipulaciones en los contratos de adhesión, que establece una prohibición de las disposiciones que pueden considerarse lesivas con una expresa sanción de nulidad de las mismas y establece específicas reglas de interpretación.
- c. Regulan lo que llaman oferta, promoción y publicidad de los productos y servicios, que debe por supuesto, ser veraz y ajustarse a la naturaleza, características y condiciones necesarias.

4.11. Análisis de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario

Esta Ley tiene como propósito la defensa y protección e intereses de los consumidores y usuarios, a cuyo efecto proclama como derechos de éstos los de la salud y seguridad, la indemnización efectiva o la reparación de los daños y perjuicios atribuibles a los proveedores.

La misma, ha establecido un régimen de responsabilidad objetiva y absoluta; la primera, porque el empresario es responsable por el solo hecho de la colocación del producto en el mercado y no por ser este subjetiva por dolo o por culpa; y la segunda, porque ninguna cláusula de exoneración, atenuación o limitación de tal responsabilidad es válida. Esto se extiende al ámbito extracontractual, para atribuirle a éste por las lesiones ocasionadas por el producto, al medio ambiente o a un tercero.

Entonces, ello sería excesivo e incluso presuntuoso pretender analizar aquí todas las consecuencias de la inserción del nuevo cuerpo legal. El propósito referido, es mucho más modesto que el ya anotado, pues lo que se pretende es reflexionar en voz alta sobre algunas de esas consecuencias. Independientemente de todos los defectos de técnica jurídica, los inconvenientes y carencia, por el contrario proporciona un mínimo nivel de protección a los adquirentes en la contratación.

Sus principales caracteres son las siguientes:

- a. Regulación de los derechos, obligaciones y prohibiciones de proveedores.
- b. Información y publicidad de los productos; créditos para el consumo, prestación de servicios privados y públicos, seguridad de los bienes, protección contractual.
- c. Creación, organización y reglamentación de la dirección de atención y asistencia al consumidor.
- d. Infracciones y sanciones en que eventualmente pueden incurrir tanto los distribuidores como los propios clientes.
- e. Procedimientos administrativos para la solución de conflictos y recursos judiciales y administrativos aplicables.

Desde esta perspectiva, es de advertir, que fundamentalmente, son tres problemas que necesitan una especial protección a favor del afectado las cuales son: En primer término, el relativo a la lucha contra la publicidad engañosa y las prácticas comerciales agresivas, que ofrecen interesantes motivos de reflexión para una revisión

de la doctrina tradicional sobre la violencia y el error; en segundo lugar el referente a la tutela de la salud y seguridad frente a los daños derivados de los productos y servicios puestos en mercado, materia en trance de añadir un nuevo capítulo a la disciplina de las obligaciones de resarcimiento, bajo la rúbrica de la responsabilidad civil del fabricante; y por último hay que referirse al control de las condiciones generales.

Lamentablemente estos tres relevantes problemas son abordados de forma incompleta e insuficiente por la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

Entre las carencias o lagunas más importantes de ésta tenemos entre otras:

- a. No regula un sistema de responsabilidad civil objetiva por los daños ocasionados a los clientes por los fabricantes de productos o prestadores de servicios.
- b. No contiene las acciones colectivas de cesación y retractación que pueden ser ejercidas por asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales que tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
- c. Inexistencia de sanciones significativas para los proveedores que vulneren las normas desarrolladas por la Ley referida.

Un análisis más detenido permitirá detectar que la insuficiencia de la protección quizás sea más achacable muchas veces al deficiente funcionamiento de los medios para la aplicación y efectividad de las normas que a los propios preceptos sustantivos, lo cierto es que los insatisfactorios resultados en la tutela de la parte más débil, hasta el día de hoy, debe ser la búsqueda de remedios legislativos para encontrar una protección real y efectiva para el consumidor y usuario.

Para concluir, se puede indicar que al finalizar el último capítulo y por lo anteriormente indicado en el análisis efectuado sobre el tema se puede enfatizar que desafortunadamente en Guatemala existen diversas empresas mercantiles que utilizan la venta de tarjetas de crédito con cláusulas totalmente abusivas que siguen causando violación a los preceptos y a los principios indicados que inspiran el derecho y la equidad, debido al poco control que ejercen las autoridades encargadas de hacer que se cumplan con los requisitos establecidos y observancia de los estatutos contractuales. Por ello, es de vital importancia y necesidad hacer una revisión a la ley que contempla este tipo de negocios donde existe desigualdad y desequilibrio entre los contratantes, y posteriormente verificar si existe la posibilidad de una reforma a la misma para obtener una verdadera seguridad jurídica.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala las emisoras de las tarjetas de créditos no observan los requisitos exigidos por la ley violando los principios filosóficos de buena fe y verdad sabida, sin que exista norma alguna que sancione los abusos que cometen.
2. Los contratos mercantiles de tarjeta de crédito, son básicamente de adhesión debido a que el emitente de las mismas ya ha preparado con antelación las condiciones sin que medie para nadie la facultad de discutir alguna de ellas quedando privada la autonomía de la voluntad.
3. Existe circulación de formularios para adquirir tarjetas de crédito con estipulaciones gravosas, oscuras, ambiguas, contradictorias, numerosas y con letra pequeña, además, el usuario no tiene pleno conocimiento de las mismas, y los emisores no ofrecen capacitación para su uso.
4. Las cláusulas son abusivas en los contratos de tarjeta de crédito y éstos violan constantemente los principios de la equidad e igualdad en la contratación, dejando al margen al consumidor como parte económicamente débil, sin que exista para ellos una verdadera seguridad jurídica.

5. Las disposiciones y requisitos establecidas en la ley son inobservadas, cuando se trata de regular y proteger al consumidor y usuario de la tarjeta de crédito, por cobro de intereses y otros recargos que son extremadamente altos y caen en exacciones ilegales.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio de Economía por medio de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, debe implementar medidas de vigilancia a las entidades emisoras de tarjetas de crédito para que no violen los principios rectores enunciados por la ley y sancionar drásticamente a todas aquellas que no cumplen con las mismas.
2. Por tratarse de un contrato de adhesión, debe exigirse que sea debidamente registrado, para ser revisado y posteriormente autorizado si llena los requisitos exigidos por la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.
3. Se debe realizar un estricto análisis del contenido del formulario objeto del contrato de tarjeta de crédito, para que toda estipulación sea apegada a la ley para evitar las cláusulas abusivas, y proporcionar una capacitación para determinar las ventajas y desventajas que representa el uso de este instrumento.
4. Los tribunales de justicia al interpretar el contrato de un caso concreto, deben tener por nulas *ipso jure*, las condiciones y estipulaciones lesivas insertadas en las negociaciones de tarjeta de crédito, porque contrarían toda disposición de honradez y honestidad y darle al afectado una seguridad jurídica.

5. Los jueces en sus resoluciones judiciales, deben dejar sin efecto toda disposición que perjudique económicamente al usuario, para evitar el cobro exagerado de los intereses y recargos no previstos, que son más altos que los establecidos por las autoridades correspondientes.

ANEXOS

ANEXO A

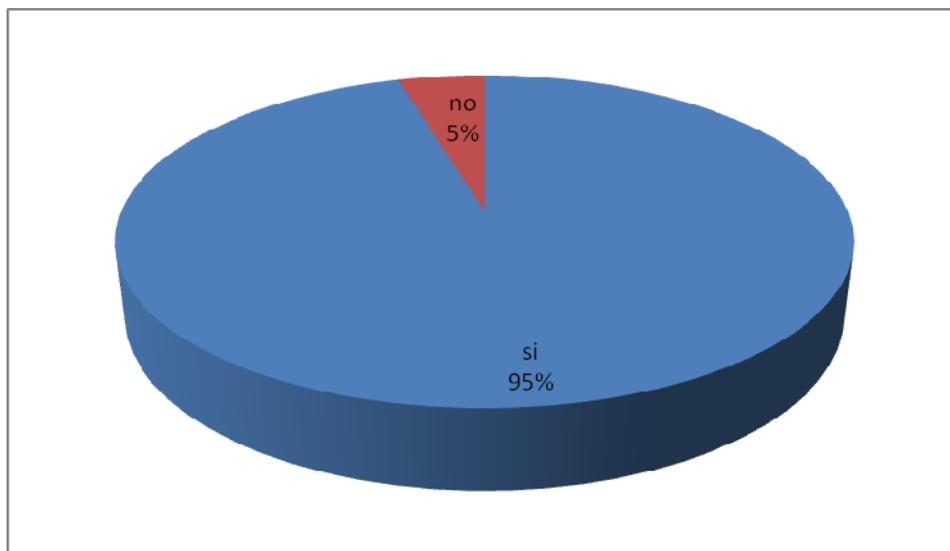
Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo

El trabajo de campo, consistió en la realización de entrevistas a usuarios debido a que el mismo está directamente ligado precisamente a ellos, con el propósito de confirmar la hipótesis y el problema planteado; esto significa que la parte más afectada en donde repercute el fenómeno de las cláusulas abusivas es en el titular de la tarjeta de crédito que hace uso de ella.

El principal objetivo de la misma, es conocer la opinión de éstos con relación a su emisión para determinar precisamente la desventaja que presentan las cláusulas en virtud de la inobservancia de los requisitos y formalidades que exige la ley y constatar efectivamente que si son lesivas, y que además, en un mayor porcentaje de su utilización causan perjuicio principalmente económico al tarjetahabiente. Se realizó a través de un cuestionario con siete preguntas directas utilizando la forma personal para obtener mejores y eficaces respuestas, según el análisis sobre las interrogantes.

Pregunta uno: ¿Considera usted que las entidades emisoras de tarjetas de crédito violan los derechos de los consumidores y usuarios?

De un total de 50 entrevistados se obtuvo el resultado siguiente:

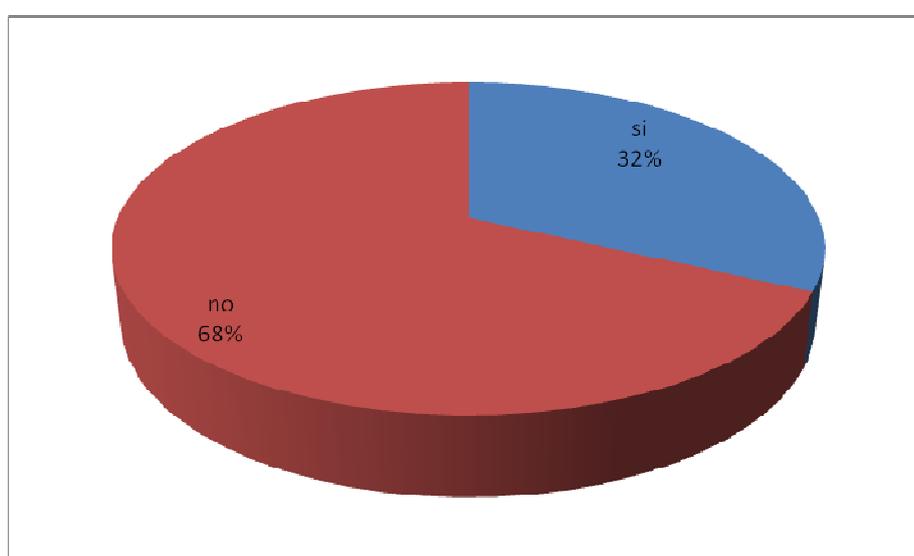


Fuente: Entrevista a usuarios de la tarjeta de crédito, de fecha 15 de agosto de 2009.

Interpretación: El 95% consideran que las entidades emisoras de dicho instrumento violan los derechos constitucionales, así como los principios de verdad sabida y buena fe guardada que argumenta el Código de Comercio en favor de los titulares de éste; y el cinco por ciento argumentaron que no existe lesión de tales derechos, porque en este tipo de negocios hay libre contratación.

Pregunta dos: ¿Creé usted que las entidades emisoras de tarjeta de crédito cumplen con las formalidades que indica la ley?

De un total de 50 entrevistados se obtuvo el resultado siguiente:

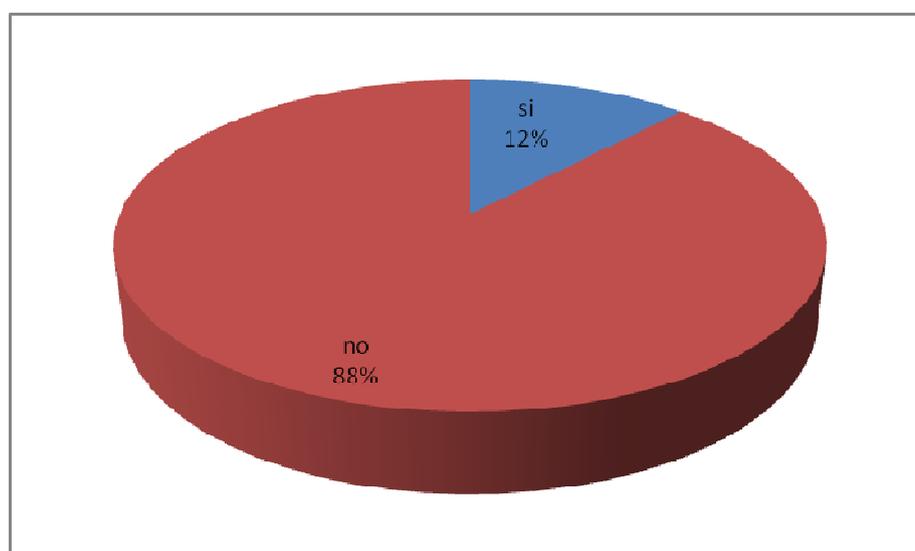


Fuente: Entrevista a usuarios de la tarjeta de crédito, de fecha 15 de agosto de 2009.

Interpretación: El 68% opinaron que las entidades no cumplen con las formalidades que indica la ley, debido al poco control que ejercen las autoridades encargadas de calificar y autorizar el formulario que va a regir al emitente y el titular de la misma; y el 32% indicaron que si cumplen con las exigencias requeridas, porque sí hay un contrato escrito por la entidad proveedora.

Pregunta tres: ¿Al momento de que el consumidor o usuario y la entidad emisora de la tarjeta de crédito celebran el contrato o formulario, observan los requisitos exigidos por la ley?

De un total de 50 entrevistados, se obtuvo el resultado siguiente:

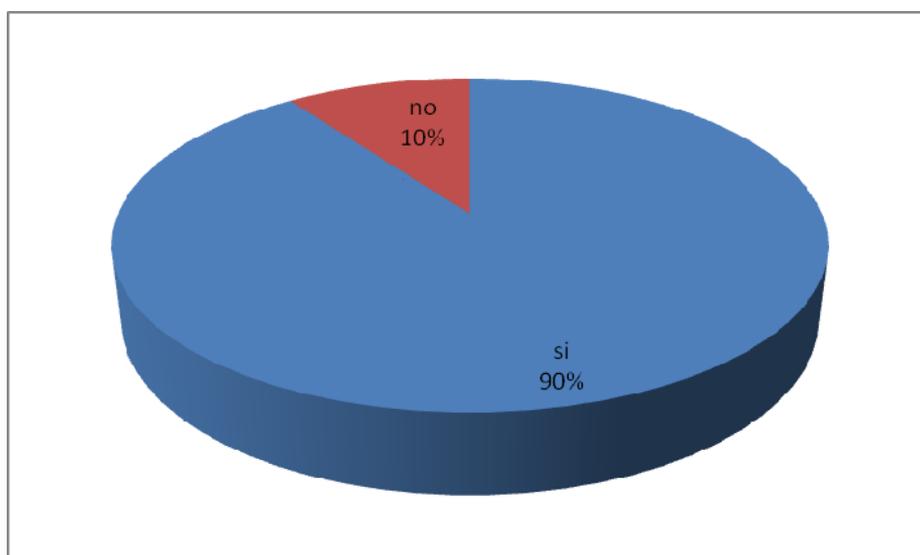


Fuente: Entrevista a usuarios de la tarjeta de crédito, de fecha 15 de agosto de 2009.

Interpretación: El 88% consideran que al momento de celebrar el contrato referido, las entidades emisoras no observan los requisitos que exige la ley, porque éste ya ha sido redactado con anterioridad y las cláusulas son escritas con letra muy pequeña; y el 12% expresaron que los mismos si cumplen con las condiciones indicadas.

Pregunta cuatro: ¿Dentro de las condiciones generales o estipulaciones, existen cláusulas abusivas impuestas por la entidad emisora de la tarjeta de crédito?

De un total de 50 entrevistados, se obtuvo el resultado siguiente:

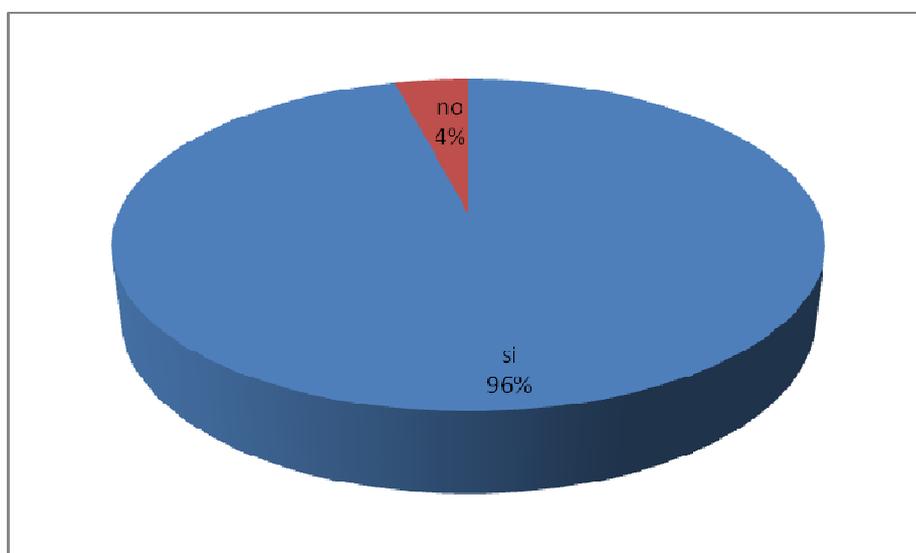


Fuente: Entrevista a usuarios de la tarjeta de crédito, de fecha 15 de agosto de 2009.

Interpretación: El 90% expresaron que si hay cláusulas abusivas dentro del contrato, ya que éstas son impuestas directamente por el emisor sin lugar a ser discutidas, que son muchas y son preparadas por un profesional en el ramo, quedando el titular en una posición de desventaja y como parte más débil; el 10% opinaron que no existen estipulaciones lesivas en dicho negocio, por ser una actividad comercial.

Pregunta cinco: ¿Recibió detenidamente explicación de cada una de las cláusulas del contrato o formulario de la tarjeta de crédito?

De un total de 50 entrevistados se obtuvo el resultado siguiente:

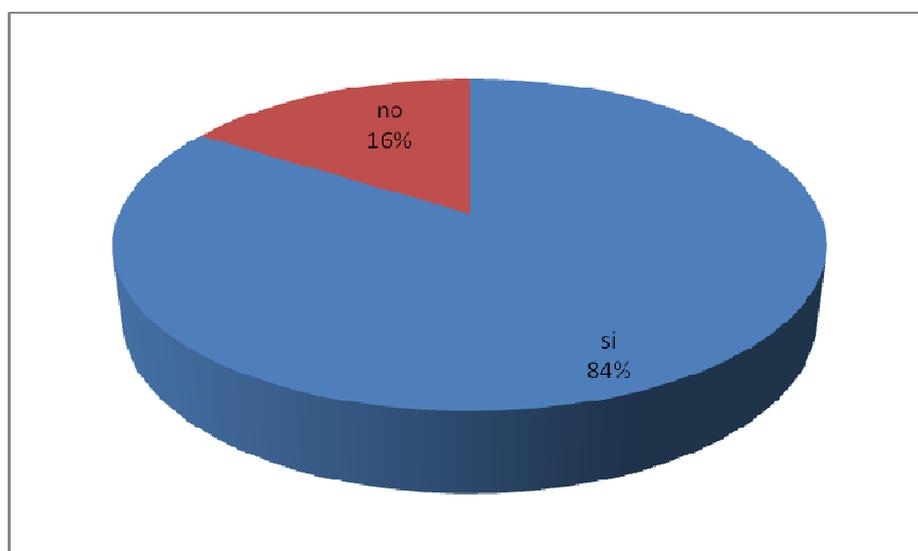


Fuente: Entrevista a usuarios de la tarjeta de crédito, de fecha 15 de agosto de 2009.

Interpretación: El 96% indicaron que no recibieron ningún tipo de explicación de las estipulaciones, solamente les pidieron que firmaran el contrato; y el cuatro por ciento confirmaron que si les informaron, debido a que al momento de la contratación solicitaron que el mismo fuese leído.

Pregunta seis: ¿Ha sido perjudicado económicamente por los altos intereses y recargos no previstos, en el contrato de tarjeta de crédito?

De un total de 50 entrevistados, se obtuvo el resultado siguiente:

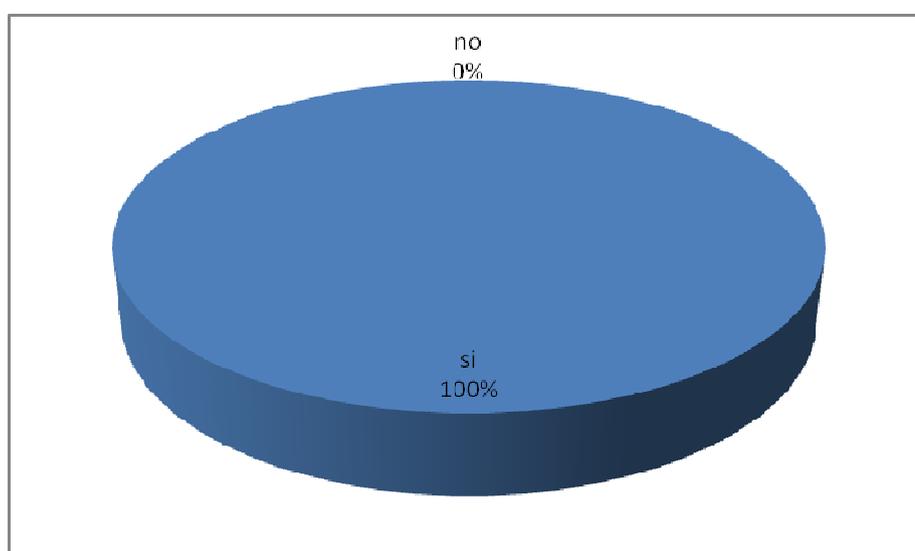


Fuente: Entrevistas a usuarios de la tarjeta de crédito, de fecha 15 de agosto de 2009.

Interpretación: El 84% si han sido perjudicados en su economía, por los altos intereses que cobran y por los recargos no previstos que injustificadamente están incluidos en los contratos; y el 16% indicaron que afortunadamente no han sido afectados por el uso de dicho instrumento.

Pregunta siete: ¿Considera que hay que realizar algún tipo de revisión o modificación a la ley, para la protección del consumidor y usuario frente a las cláusulas abusivas en los contratos de tarjeta de crédito?

De un total de 50 entrevistados, se obtuvo el resultado siguiente:



Fuente: Entrevista a usuarios de la tarjeta de crédito, de fecha 15 de agosto de 2009.

Interpretación: El 100% opinaron que si se requiere una revisión o modificación a la ley y por ende el cumplimiento de la misma, debido a que las autoridades encargadas no tienen un pleno control de las omisiones que cometen los emitentes de dicho contrato, dejando desamparado al tarjetahabiente.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 4ª. ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2004.

ÁGUILA REAL, Alfaro. **El derecho de las condiciones generales y de las Cláusulas**. 1ª. ed.; Barcelona, España: (s.e.), 2000.

CODERCH, Salvador. **Simulación y deberes de veracidad**. Madrid, España: (s.e.), 1999.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos. **Títulos y contratos de crédito**. México: (s.e.), 1984.

DURÁN, Rivacoba. **Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas**. Madrid, España: (s.e.), 2000.

DE CASTRO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid, España: (s.e.), 1997.

FERRARA, Federico. **La simulación de los negocios jurídicos**. Madrid, España: (s.e.), 1961.

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Aguirre, 1974.

GONZÁLEZ, Miguel. **Observaciones en torno a la buena fe**. (s.l.i.): (s.e.), 1989.

LALAGUNA, Domínguez. **Derecho de obligaciones**. 1ª. ed.; Barcelona, España: (s.e.), 1994.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Vicente. **Derecho de obligaciones y contratos**. Valencia, España: (s.e.), 1995.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. **Los contratos mercantiles**. 4ª. ed,; Caracas, Venezuela: Ed. Universidad católica Andrés Bello, 2004.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Manual de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Argentina, 1961.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

PAZ ALVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. 1ª. ed,; Guatemala: Ed. Aries, 2005.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 4ª. ed,; Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad San Carlos de Guatemala, 2000.

Legislación:

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

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

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

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

Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Congreso de la República, Decreto número 006-2003.

Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo número 777-2003