

UNIVERSIDAD AMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y FILOSÓFICAS



**<<ACCIONES JURÍDICAS DE LOS TARJETA – HABIENTES CONTRA
LOS EMISORES DE TARJETAS DE CRÉDITO POR LA ESTIPULACIÓN
DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO>>**

**GONZALO FEDERICO ZAMORA MORALES
HÉCTOR RODRIGO LÓPEZ TORUÑO**

Monografía para optar al grado de Licenciado en Derecho

**Profesora Tutora:
DRA. JANIRA MAYORGA C.**

Managua, 4 de Marzo 2003.

Dedicatoria

A nuestros padres, quienes nos brindaron el apoyo moral necesario para emprender el camino que hoy satisfactoriamente estamos finalizando.

Gonzalo y Héctor

Agradecimiento

*Se dice que el que dá
no debe volver a acordarse,
pero el que recibe
nunca debe olvidar,
por eso a todos los que de alguna forma u otra
nos ayudaron...
Gracias!
Gonzalo y Héctor*

La Madurez es todo

(Julio Cortázar, en su libro sobre Keats)

*Si “todos” somos consumidores,
es mejor que la inmadura sociedad consumista
comience a madurar y, con ella,
el Derecho del Consumidor.*

*No se puede hablar de libertad de empresa
ni de autonomía de la voluntad
cuando las partes no están colocadas en un mismo pie de igualdad,
manteniendo el equilibrio,
tanto en la celebración del contrato
como en su contenido.*

Introducción



El verdadero precio de todas las cosas, lo que todas las cosas cuestan realmente al hombre que quiere adquirirlas es el esfuerzo y la molestia que supone adquirirlas
A. Smith.

Una verdad sin interés puede ser eclipsada por una falsedad emocionante
A. Huxley.

Cada momento que transcurre en la vida diaria se hace más ostensible que el devenir humano, y dentro de éste todo lo que atañe al proceso del giro económico, avanza sobre las estructuras jurídicas a un ritmo tan veloz, que suele dejar a éstas desubicadas para abarcar la regulación o calificación de las nuevas formas mercantiles o contractuales.

Nuestro caso en estudio, las Tarjetas de Crédito, es un ejemplo que nos muestra lo veloz del desarrollo de las distintas formas del giro económico y lo lento de la adaptación de las formas legales y jurídicas a esos fenómenos, a esas nuevas estructuras mercantiles.

En efecto, el enorme desarrollo comercial interrelacionado con el auge de la producción masiva y el consecuente desarrollo de la sociedad de consumo ha encauzado a las distintas empresas productoras, sean expendedoras o financiadoras de bienes y servicios a utilizar las más variadas formas de ventas y créditos, entre las cuales podemos distinguir la Tarjeta de Crédito.

Las formas actuales de la producción han venido generando una serie de nuevos fenómenos sociales masivos, que el derecho debe recibir, captando su incidencia (transformación social = cambio jurídico), para orientarlos y disciplinarlos de un modo razonable y equilibrado. Es la tarea impostergable del Estado – promocional, comprensivo que el aferramiento al esquema protector clásico implica, hoy, dejar gran parte de la vida social marginada del sistema jurídico como organización; y entonces tiende a acomodar la plataforma para el lanzamiento de un derecho renovador, humanista y solidario.

Algunos de esos pasos están en las conquistas del derecho laboral y de la seguridad social, y así todos los actores del ordenamiento van atendiendo como protagonista al sujeto débil de las relaciones sociales, antes relegado. Piénsese en los avances de los derechos de las mujeres y los menores; y en el mismo derecho procesal, la prioritaria

perspectiva del litigante, consumidor jurídico, por sobre la de los operadores técnicos del instrumental jurisdiccional, tradicionalmente núcleo central del proceso, entre otros tantos ejemplos.

La problemática de los consumidores marcha por los mismos carriles y genera la necesidad de rotar, en forma semejante, también el enfoque en crisis del derecho mercantil, hasta aquí, quizás cada vez más sinónimo del “derecho de la empresa”, cuando en verdad la apuntada e ineludible evolución sugiere con creciente trascendencia, el reforzamiento de los mecanismos de protección de los intereses del público.

El hombre como es sabido por todos, está dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver sus facultades. Pero en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el resto de las libertades de otros. De aquí deriva la necesidad de reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual o equitativa, el ejercicio de su actividad.

Es en este contexto que nacen y se desarrollan los derechos de los consumidores, a partir del respeto de la libertad de unos y de otros, a como también la consolidación de los cambios antes planteados, referentes a las nuevas formas de producción y promoción de bienes y servicios que vienen a configurar los lineamientos del derecho. Es decir, con la nueva creación de medios y mecanismos para que las personas puedan acceder al mercado de bienes y de servicios, el derecho debe acudir a dichos cambios, normándolos, para asegurar la equidad entre los personajes que actuarán en ellos. Precisamente en función de los requerimientos sociales propios del sistema económico imperante, han nacido y evolucionado y se han difundido las Tarjetas de Crédito, en cuyo derredor se han gestado una serie de hechos económicos frente a los cuales el derecho no debe permanecer indiferente.

La incorporación en el devenir económico financiero de la tarjeta de crédito, ha estimulado y fomentado la utilización y desarrollo masivo del crédito para el consumo, e influido en gran medida no sólo en la economía de las empresas, sino en la propia

economía general a nivel nacional y hasta internacional, a tal punto que muchos países han llegado a sentir la impostergable necesidad de encarar su regulación no sólo desde el punto de vista del derecho privado, común o de fondo, sino del tributario y más aún por razones de conveniencia social para la protección de la comunidad.

La tarjeta de crédito es, pues, al decir de muchos autores, el último paso en la evolución histórica de los medios de pago, entendiendo esta expresión genéricamente como elemento movilizador de la riqueza. En efecto, más allá de aquella época prehistórica en que las transacciones se canalizaban por la vía del trueque y pasando en este mismo camino evolutivo por el uso de la moneda y luego por el cheque y las órdenes de pago bancarias, llegamos hoy a la “tarjeta de crédito” para encontrarnos frente a los últimos peldaños que nos pueden llevar a la sociedad sin dinero que muchos autores preconizan. Por ejemplo, Chabrier, en uno de sus primeros trabajos integrales sobre el tema, decía que las tarjetas de crédito constituyen una nueva etapa en el proceso de desmaterialización y abstracción de la moneda; su fuerza y sus grandes posibilidades de éxito estriban en cierto modo en haber corrido en el correcto sentido de la historia económica de la humanidad.

Podemos decir, que el uso del llamado: dinero plástico, o tarjetas de crédito, en particular y, en general, el sistema del que forman parte, sistema que facilita, agiliza e incentiva el intercambio y el consumo; son instrumentos necesarios, razón por la cual el orden jurídico debe propender a su sostenimiento, brindando seguridad a los emisores, a los proveedores y a los usuarios, evitando excesos o abusos contra estos últimos y resguardando el equilibrio equitativo que siempre debe existir en las diferentes transacciones gestadas por el sistema.

El uso de las tarjetas de crédito se ha generalizado, constituyendo este hecho una prueba cabal de que el sistema se ha tornado necesario, aunque no sea imprescindible, pues bien es posible que en el futuro otro sistema lo reemplace. A tal punto se ha generalizado el uso de las tarjetas de crédito y, por ende, es tal el incremento de las relaciones jurídicas dentro del sistema, que no se puede afirmar que su disciplina jurídica constituya un

derecho de excepción sino, por el contrario, se debe admitir que esa disciplina integra ya el derecho privado común.

Es importante presentar en la exposición del tema (acciones jurídicas de los tarjeta habientes contra los emisores de tarjetas de crédito por la estipulación de cláusulas abusivas en el contrato), que en esta etapa de la civilización que está rápidamente emergiendo del choque y confrontación, si se le puede llamar de esta forma, de nuevas ideas y tecnologías, nuevas relaciones geopolíticas, nuevos estilos de vida y modos de comunicación, exige ideas, conceptos, clasificaciones, y la creación de acciones u mecanismos a los cuales pueda hacer uso el tarjeta habiente como consumidor en dicha relación contractual; así como nuevas formas de análisis. No podemos encerrar este mundo del mañana, aun en gestación, en los cubículos convencionales del ayer.

La empresa, como pilar de la nueva sociedad, más aun en un contexto de globalización, organiza, produce y distribuye un cúmulo de bienes y de servicios, que están cambiando los hábitos, los gustos y hasta el criterio moral de los consumidores; y todo esto se manifiesta por medio de los contratos atípicos comerciales. Dicha complejidad del mundo actual, la evolución tecnológica, el mayor “confort” al que en una medida u otra todos aspiramos, el transporte, la información, la cultura, los libros, los viajes, el turismo, etc, todo implica la presencia de una empresa que los produce y los vuelca al mercado masivamente. Aquí radica la punta del iceberg, ya que para acceder a estos bienes y servicios, no basta con instrumentos tradicionales de compra y venta (dinero, cheques, etc), sino que intervienen nuevos medios como: la tarjeta de crédito, en la cual una de las partes (tarjeta – habiente) se ve desprotegido en dicha relación, a la hora de materializar su voluntad en un Contrato de naturaleza adhesiva, donde el accionar de la misma es nulo.

Es menester, por lo antes planteado el establecimiento de acciones, las cuales puedan nacer de las normas establecidas en nuestro derecho común, del propio mercantil o, de lo establecido en leyes especiales, como lo es la Ley de Defensa de los Consumidores, publicada en La Gaceta No. 213 Diario Oficial de la República de Nicaragua, el lunes 14

de noviembre de 1994, tomando en cuenta que el tarjeta habiente en dicha relación y al final de la misma, le es promocionado y ofrecido el servicio de crédito mediante dicho instrumento.

Nicaragua, la cual no es ajena a todos estos cambios que se producen en el mundo comercial, debe dar respuesta y soluciones, a través de su normativa jurídica, sobre los vacíos que en este tema se tienen, por ejemplo, la falta de una ley que regule dicha relación contractual, a como también la implementación de reglas claras y precisas en la misma; la regulación de los intereses y el cobro desmedido de los mismos, y la implementación de mecanismos jurídicos a los cuales pueda acceder el tarjeta habiente para afrontar los abusos plasmados a través de cláusulas en el contrato de tarjeta de crédito.

En el presente trabajo de investigación realizaremos un análisis jurídico descriptivo de los posibles mecanismos o instrumentos a los cuales pueda acceder el tarjeta habiente, para hacerle frente a los abusos plasmados en el contrato de tarjeta de crédito, mediante la Ley N^o 182, y las normativas establecidas en nuestro derecho común y mercantil.

Se pretende abarcar las ventajas y desventajas que le son presentadas al tarjeta habiente, a la hora de promocionarle el contrato, y de suscribirlo; así como los procedimientos que se establecen para venderle dicho servicio al o los usuarios del mismo, y la responsabilidad solidaria del fiador en los mismos.

Finalmente, en nuestro estudio analizaremos si el tarjeta habiente posee instrumentos u mecanismos que le permitan establecer una relación de equidad con las demás partes en el contrato de tarjeta de crédito. Por otro lado determinaremos, cuáles serían los mecanismos a emplearse y por ende los que pudiera usar el usuario de la tarjeta, apegados a las leyes y normas jurídicas. Otro punto importante es que se estudiará si en la ley antes referida y en las demás disposiciones jurídicas, existen disposiciones que garanticen la seguridad jurídica del usuario a la hora de suscribir el contrato de tarjeta de crédito, y por ende colocarlo en un plano de equidad en dicha relación contractual.

El fenómeno del dinero plástico o de las tarjetas de crédito, trajo consigo una amplia gama de oportunidades enfrascadas en el libre mercado, dichas oportunidades, se han venido acentuando, aún más, debido al uso cotidiano que de las mismas se ha hecho, por ejemplo: la facilidad que se tiene para obtener dinero, la compra efectiva de bienes y de servicios, el pago oportuno de las deudas, etc.

El contrato de tarjeta de crédito se caracteriza por su falta de regulación específica en nuestra legislación, lo que lo hace ser un contrato atípico, pero es típico socialmente, al estar muy consolidado sus perfiles por la práctica, e incluso se haya nominado por normas especiales del sector financiero.

En la práctica existe una desigualdad entre las partes de este tipo contractual constituyéndose como parte dominante el emisor, es decir, que el tarjeta habiente o usuario no tiene libertad al momento de suscribir el contrato, porque es un contrato pre – impreso y masificado.

La cuestión en sí radica en que las cláusulas de dicho contrato pre – impreso no se ajustan a las disposiciones que contempla la Ley N^o 182 Ley de Defensa de los Consumidores, provocando las siguientes situaciones:

- i. El acreditante queda autorizado a ceder los créditos y demás derechos provenientes de este tipo contractual o de los accesorios, total o parcialmente, sin necesidad de aviso previo o posterior notificación al acreditado.
- ii. Si por cualquier razón el tarjeta habiente efectuare pagos que excedan del monto de su adeudo, la cantidad respectiva se le acreditará para futuros pagos o uso de la tarjeta, sin obligación de acreditarle intereses y sin perjuicio del tarjeta habiente de solicitar el reembolso.

- iii. En caso de robo, pérdida o sustracción de una de las tarjetas el titular tiene que dar aviso de inmediato y por escrito a la entidad emisora, siendo el primer responsable por el uso que un tercero desconocido, haga de las mismas con firma falsa o no antes de la notificación y dentro de los quince días posteriores a la misma. Es decir, que el que asume todos los riesgos es el titular.
- iv. En lo que respecta a la situación del fiador, este no es notificado con anterioridad del aumento en el monto que se le hace al titular por parte de la entidad emisora, yendo en contravención a lo establecido en la normativa civil (si se lleva a cabo una novación en el contrato principal sin mediar la voluntad del fiador, no será responsable éste de la misma).

Al darse todas estas situaciones, el tarjeta habiente se ve desprovisto de acciones que le permitan reclamar frente a los abusos de la entidad emisora, debido muchas veces a su falta de conocimiento.

A nuestro juicio, si bien es cierto que el contrato de tarjeta de crédito es un contrato de adhesión, en el cual va a existir una parte dominante, esto no significa que la parte débil de la relación contractual quede desprovista de toda clase de derechos o acciones que le permitan accionar contra los abusos que cometa la empresa emisora, al no cumplir las cláusulas contractuales con lo establecido por los requisitos exigidos en los artículos 22 y 23 de la ley de defensa de los consumidores, Ley N° 182.

Dicho contrato con sus cláusulas abusivas, como por ejemplo, **la letra chica, el cobro desmedido de los intereses, la desprotección del fiador a la hora que se le incrementa el saldo al usuario de la tarjeta, los reclamos, así también lo referente a la prórroga, como también lo que se refiere al acreditante, él cual queda autorizado a ceder los créditos y demás derechos provenientes del contrato de tarjeta de crédito o accesorios, total o parcialmente, sin necesidad de aviso previo o posterior notificación al acreditado;** como también **la situación que por cualquier razón, el usuario efectuar pagos que excedan del monto de su adeudo, la cantidad respectiva**

se le acreditara para futuros pagos o uso futuro de la tarjeta de crédito, sin obligación de acreditarle intereses y sin perjuicio del tarjeta habiente de solicitar el reembolso; conduce al tarjeta habiente, en la mayoría de los casos, a un detrimento en su patrimonio por el excesivo cobro de intereses y por la desprotección del mismo ante dichas cláusulas.

Otro punto a considerar como antecedente inmediato de las tarjetas de crédito y los problemas que la misma le acarrea al titular, al verse este desprovisto de verdaderas acciones que lo posicionen en un marco de equidad a la hora de suscribir dicho contrato, son las referidas a las ventajas y desventajas que en las mismas existen para las partes; las ventajas de la entidad emisora son mayores que las ventajas que puede tener el titular de la tarjeta, por ejemplo: le atrae mayor clientela; en caso de los Bancos, es uno de los servicios de mediación en los pagos, y que trae consigo un aumento indudable de los depósitos en cuenta corriente; la Tarjeta de Crédito, hace innecesario el cheque y evita los inconvenientes y gastos de éste; se consiguen clientes fijos; modo de colocación rentable de dinero a corto plazo, ya que la entidad emisora cobra por dos lados, en primer lugar al comerciantes por el descuento en las facturas, y al usuario el interés por la concesión de crédito y cotización anual; sirve para evitar una multiplicidad de pagos, en cuanto a las diferentes facturas de los clientes, se pagan de una sola vez a fin de mes, lo cual trae como consecuencia la disminución de los gastos de caja, de errores contables, de personal y materiales.

Las ventajas del titular de la tarjeta giran en torno a un tratamiento contractual igualitario a la hora de la celebración del contrato; él cual a su vez posee mayores desventajas, las cuales van dirigidas en última instancia a asimilar el patrimonio del mismo; por ejemplo, el pago de una cuota anual, es una obligación del titular, él cual tiene que pagarla anualmente para disponer de su tarjeta, independientemente de que la utilice o no.

Las personas se quejan que en pocas ocasiones se llevan a cabo cargos equivocados, avisos que no corresponden al uso de la tarjeta de crédito, se incurre en gastos mayores debido a la acumulación de los intereses, desconocimiento del cálculo de los mismos, el

pago de una cuota anual aunque se utilice o no dicho servicio y el titular puede quedar sujeto a pérdida o robo y él mismo debe comunicar inmediatamente la pérdida de la misma al órgano emisor, para quedar exento en principio de responsabilidad, siendo esto un descontento que ha tenido mucho auge actualmente y que no encuentra su cauce para dilucidarlo, ya que el titular una vez que notifica a la empresa emisora la pérdida o robo de la tarjeta, 15 días después va a subsistir la responsabilidad para el titular de responder por los daños y los gastos ocasionados por un tercero desconocido.

En fin, los antecedentes que se tienen con respecto a dicho fenómeno, giran en torno al poco accionar que posee una de las partes en dicha relación.

Nos parece que la mayoría de las inconformidades, desventajas y problemas planteados por parte de los usuarios de la tarjeta de crédito, desembocan en la falta de acciones que los mismos puedan utilizar para contrarrestar los abusos materializados del Emisor en el contrato de tarjeta de crédito, a través de sus cláusulas, por ende el titular debe buscar a través de nuestro ordenamiento jurídico (Derecho común, Derecho mercantil, Ley de Defensa de los Consumidores, Ley N^o 182, etc) los medios idóneos que le permitan adherirse de forma equitativa a dicho contrato.

El Contrato de Tarjeta de crédito es por su naturaleza un contrato de adhesión, donde se impone la voluntad de la entidad emisora sobre la del usuario o tarjeta – habiente, provocando una desigualdad contractual, la cual acarrea los siguientes hechos o situaciones:

Normalmente se establecen en los Contratos de tarjeta de crédito la “letra chica”, por ejemplo, cuando se señala minúsculamente que, el tarjeta habiente autorice expresamente a la empresa emisora para que dé cualquier cuenta de depósitos que administre con él, y se le debiten las sumas necesarias para la cancelación de cualquier obligación que esté a favor de él como consecuencia del contrato.

Otro punto que se establece en “letra chica”, es lo referente al número PIN¹, el cual es un número confidencial cualquiera, para sacar dinero líquido de cualquier cajero automático, dicho número, sólo lo saben el usuario y la empresa emisora de la tarjeta de crédito.

Hasta hace poco el número PIN, se establecía en el contrato, de manera minúscula, posteriormente, dicho número se le da a conocer al usuario al momento de suscribir el contrato. Dicho número equivale a la firma del usuario, solamente puede ser utilizado en el Cajero Automático, ya que solamente sirve para usarlo en dichas máquinas. Un mal uso del PIN, será responsabilidad del usuario hasta 3 días hábiles después de notificar su pérdida.

Otro hecho que se destaca es la “ampliación del crédito al usuario”, lo cual ha sido una práctica llevada a cabo por las sociedades emisoras de tarjetas de crédito y las entidades bancarias que responden por dicho crédito, es decir, se le amplía el monto de su tarjeta de crédito, debido a que simplemente ha tenido una cultura de pago intachable, (si se le puede llamar de esta forma), ha estado al día en sus pagos y no ha tenido retraso alguno en los mismo, en definitiva, dicha ampliación del crédito, se basa simplemente en el hecho de ser una buena pagadora o pagador.

Normalmente este tipo de “premios”, se hacen sin consultar, al tarjeta habiente, y sin que medie la voluntad de éste, ya sea para oponerse o para aceptarlo, el hecho es, que no se está diciendo que no se le amplió el monto al usuario, ni mucho menos, simplemente que se pueda saber lo que tenga que decir el mismo, ya sea para aceptar o para negar, es decir escucharlo, a como también se haría con el fiador.

Pero bien, además, del incremento en el monto inicial, ha sido una costumbre el ofrecerle a los usuarios, tarjetas que poseen un mayor monto, llevándonos a lo planteado anteriormente. Es decir, es una práctica el mandarles por correo, o junto a su estado de cuenta, la tarjeta “Golden”, “Suprime”, “Platinum”, etc. Las cuales poseen un mayor monto, el usuario por consiguiente se ve rodeado de dinero plástico, es decir, el contrato

¹ PIN: Número de Identificación Personal

para la emisión de una tarjeta de crédito, se convierte en uno sólo, pero con varias tarjetas de crédito con montos diferentes.

Esta práctica, se llevaba a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica, pero las mismas estaban limitadas a aquellas personas que no podían hacerle frente a diferentes deudas, dejándolas para aquellas que además de poseer mayores ingresos, y una liquidez comprobada, tienen una “capacidad e historial de pago” sobresalientes, en base a poseer una mayor liquidez, dicha capacidad e historial de pago les sirve a las mismas como garantía a la hora de abrir una cuenta o llevar a efecto un depósito.

Pero bien, esta práctica, se está llevando a cabo en nuestro país, donde se hace costumbre “asignarle” las tarjetas de crédito, antes citadas, a personas que tienen retrasos en sus pagos, es decir, que no tienen una cultura de pago, por así decirlo.

En estos casos, los abogados litigantes, recomiendan llamar a tales empresas, a la hora de un requerimiento de pago, o de morosidad, etc.

Y decirles que sólo le pagarán el monto establecido al inicio, de su primera tarjeta de crédito, mas no aquellos posteriores, de las tarjetas que les fueron “regaladas” o “asignadas”, sin mediar acuerdo alguno.

Por consiguiente, no se trata de establecer un marco de igualdad entre los sujetos que suscriben dicho contrato, si partimos que estamos ante un contrato atípico de adhesión; pero es posible establecer un marco de equidad, donde ambas partes, tengan derechos y obligaciones equilibradas.

Para poder expresar dicha situación, pensemos en un caso hipotético: Juan Pérez López, a quien se le ha incrementado su monto inicial de \$ 1,000.00 en \$ 5,000.00. Debido a que hasta la fecha ha cumplido con sus pagos, o simplemente tiene un tiempo considerable de usar dicha tarjeta, lo cual amerita que se le incremente su monto, bien, cualquiera que sea la razón para tomar dicha decisión, acepte o no el usuario, la misma se lleva a cabo.

Pasados varios meses, debido al pago mínimo, pago que se incrementa por haberse incrementado el uso de la tarjeta de crédito por parte del titular; no puede pagar el saldo establecido en su estado de cuenta. Requiriendo por consiguiente, al fiador, para que éste pague lo adeudado, por Juan Pérez López.

En el quehacer jurídico, los abogados litigantes y aquellos a los cuales se les remiten casos, de este tipo, lo que le recomiendan al fiador, es pagar el monto inicial, monto por el cual el aceptó ser fiador del beneficiario (usuario de la tarjeta de crédito). Y no aquél monto, producto de una toma de decisión unilateral.

También hay que indicar como situaciones comunes propias de este tipo contractual, las referidas a los “fiadores”; el Contrato de Tarjeta de crédito establece la intervención de un fiador para que responda en los casos en los cuales el tarjeta habiente se encuentre en mora o no pueda responder por lo adeudado. La figura del fiador es un requisito a la hora de suscribir dicho contrato.

Al momento que la entidad que responde por dicho crédito, o la sociedad emisora de las tarjetas, decide ampliarle dicho monto al usuario, el fiador tampoco se entera de dicho acto tomado por parte de la sociedad, o la entidad, es decir, no es notificado, ni es enterado de esa toma de decisión. No media aquí, aquella regla que establece nuestro derecho común que dice que, toda prórroga concedida por el acreedor o **cualquiera novación en el contrato principal, sin expreso consentimiento del fiador, extingue la obligación de éste**². Es decir cualquier toma de decisión de los contratantes, sociedad emisora, entidad que respalda dicho crédito y el usuario de la tarjeta, debe ser conocida con anterioridad o en la toma de dicha decisión, por el fiador.

En síntesis, podemos sostener que dicho fenómeno ha venido a establecer sus parámetros, a través de su medio (el Contrato de Tarjeta de Crédito) es palpable la sumisión que una

² Arto.3726 C. *Toda prórroga concedida por el acreedor o cualquier novación en el contrato principal, sin el expreso consentimiento del fiador, extingue la obligación de éste.*

de las partes hace para con la otra; a tal punto que no existe una relación sinalagmática en dicho fenómeno contractual.

El patrimonio de las personas, puede asegurar las deudas que éstas tengan con sus acreedores, por consiguiente un detrimento en éste, dejaría al descubierto a sus acreedores, los cuales pretenden a su vez hacerle frente a sus acreedores con la deuda de su deudor; entre más desprotegido este el usuario de las Tarjetas de Crédito, o su radio de acción se acorte, o no exista, para contrarrestar los abusos que se llevan a cabo, mayor será la asimilación que de su patrimonio se hará por la otra parte en dicha relación.

Por consiguiente es menester que el usuario de la misma, independientemente que se hable de una relación de adhesión, lo cual no significa que exista una sumisión total de una de las partes para con la otra, y que, alegando la libre voluntad del usuario, no se tenga derecho de acción o de accionar por medio de instrumentos ya conocidos (demanda, reclamos, etcétera.) que el usuario pueda utilizar.

Es por esta razón que se hace necesario la existencia de dichos mecanismos, o por lo menos establecer modelos de los mismo; por ejemplo, la sociedad que presta dichos servicio puede utilizar la vía ejecutiva para hacerse pagar, e inclusive la compañía y/o sociedad que respalda dicho crédito puede demandar al usuario por los daños y perjuicios que a la misma le ocasionen, mientras que el usuario tiene vedado su derecho de acción, es decir no puede utilizar los mecanismos que, en el derecho común pueden utilizar las demás partes en dicha relación contractual.

En toda relación contractual existen para las partes, desventajas como ventajas; la sociedad emisora de las tarjetas de crédito posee desventajas que si bien es cierto, a nivel macro son mayores, debido a la incertidumbre socioeconómica, y a las fluctuaciones que en el capital se llevan a cabo en una economía tan joven como la de Nicaragua.

Partiendo de lo anterior establecimos en nuestra investigación las siguientes interrogantes que identifican el problema en estudio:

1. Se estaría hablando de una adhesión total, al momento de que el tarjeta habiente suscribe el contrato con el intermediario, que llega a ofrecerle la tarjeta de crédito, realizando operaciones de crédito y de venta a domicilio o cuáles serían las ventajas o protecciones que el primero tendría a la hora de suscribir dicho contrato?
2. Está, el tarjeta – habiente atado al contrato de Tarjeta de Crédito, o podrá hacer valer sus derechos, alegando la autonomía de la voluntad, a como lo haría la sociedad emisora a la hora de cobrarle un monto excesivo de intereses?
3. Puede el tarjeta-habiente pedir prórroga y cuánto sería la duración de ésta?
4. Si sabemos que todo contrato redactado con letra chica es nulo, según la Ley de defensa del consumidor, qué opciones tiene el suscriptor del contrato para impugnar dichas cláusulas?
5. Podrá el tarjeta – habiente reclamar sobre abusos en los cargos (*bonificaciones, gastos administrativos, etc.*) que deben ser pagados?
6. Qué mecanismos legales tiene el tarjeta habiente y el fiador para llevar a cabo un reclamo, o hacerle frente a los abusos que pueden llevarse a cabo, en virtud del Contrato de Tarjeta de Crédito?
7. Cómo queda la situación del fiador a la hora de un incremento en el monto, por parte de la entidad emisora o la que respalda dicho crédito?
8. Puede hacer uso del derecho común o de otro especial, como el Derecho Mercantil, para contrarrestar los abusos que se pueden llevar a efecto por parte de la sociedad emisora de las tarjetas de crédito?

9. Puede el tarjeta – habiente demandar a la sociedad emisora, o a la entidad que respalda dicho crédito, por la vía ejecutiva jurisdiccional?

En función de la situación de esta problemática planteada, el **Objetivo General** del trabajo de investigación es:

“Analizar la existencia de mecanismos legales en nuestro ordenamiento jurídico, a favor del tarjeta – habiente y el fiador frente a las cláusulas abusivas que el Emisor de la tarjeta de crédito establece en el contrato, a través del estudio específico de los diversos contratos y leyes en general, para permitirle a éstos establecer una relación de equidad al momento del consentimiento del contenido contractual, examinando la forma escrita y la interpretación de las cláusulas impuestas al tarjeta habiente, que garantice seguridad jurídica en la transacción o negocio jurídico y sus beneficios”.

Para alcanzar este gran Objetivo, seguiremos los siguientes **Objetivos Específicos**:

1. Identificar las disposiciones jurídicas en la legislación nacional que regulen esta relación contractual y en qué sentido favorecen o no al usuario y al fiador.
2. Investigar como regula el Derecho Civil y Mercantil la situación del fiador en este tipo contractual, cuando se incrementan los montos del crédito sin su conocimiento u aceptación.
3. Conocer el tratamiento jurídico o mecanismos legales (vía judicial) existentes para entablar un reclamo de esta naturaleza contractual, por las partes que intervienen en el contrato.
4. Determinar si las cláusulas contenidas en el Contrato entran en contradicción con lo señalado por la Ley de Defensa del Consumidor y si predominan cláusulas abusivas y si se determina falta de protección.
5. Proponer mecanismos legales a favor de las partes (tarjeta habiente y fiador) frente a las consecuencias del incumplimiento del contrato que desencadena en ejecución de cobro con altos intereses o del abuso de cláusulas.

6. Realizar un análisis con el derecho comparado, de la regulación de este tipo contractual, en lo relativo a las cláusulas abusivas que se establecen para el cumplimiento del mismo.

Estos planteamientos nos van a conducir a reafirmar nuestra **hipótesis** que se emitió de la siguiente forma:

“El contrato de tarjeta de crédito, como contrato de adhesión es una categoría contractual que establece cláusulas abusivas que ubican en un plano de desigualdad la relación entre entidad emisora y usuario tenedor de la tarjeta de crédito, así como al fiador solidario que respalda el crédito; originando la falta de mecanismos legales suficientes que permitan equilibrar la relación contractual”.

Cabe señalar que la elección del tema, Acciones Jurídicas en Nicaragua, de los tarjeta – habientes contra los Emisores de Tarjetas de Crédito por la estipulación de cláusulas abusivas en el Contrato, constituye para los autores de esta investigación científica, la necesidad de proveerle al usuario del dinero plástico, de acciones, instrumentos, medios o mecanismos suficientes y concretos que le permitan ubicarse, dentro de dicha relación adhesiva en un plano de equidad, en relación a la parte dominante del contrato (la Empresa Emisora).

Si bien es cierto, nos encontramos inmersos dentro de un mundo globalizado, en donde convergen revoluciones de todo tipo, como la tecnológica, la social y la económica; y en donde el “mercado”, como sitio funcional y pluriforme, donde convergen bienes de capital o de inversión se impone; los contratos de adhesión, como el que es objeto de nuestro estudio; los cuales se presentan de forma masificada, sin que esto signifique que el Estado deje sin protección al usuario de este tipo contractual.

Actualmente el Estado le ha trasladado a los particulares la responsabilidad de tomar decisiones económicas, le ha trasladado también la función de producir las reglas jurídicas que hayan de gobernarlos. Esto le otorga a los sujetos, legitimidad, para que

constituyan un contrato o instrumento de racionalización y estandarización dentro del mercado; las empresas emisoras de las tarjetas de crédito, por consiguiente realizan un número de transacciones homogéneas y elevadas como para hacer “eficiente” el establecimiento de una regulación previa y uniforme para todas aquellas personas que quieran adherirse a dicho contrato. Sin embargo nos encontramos muy lejos de dicha eficiencia por el actuar abusivo en que las mismas incurren.

Esta investigación jurídica se justifica porque, además de ser de gran utilidad para los usuarios, también lo es para las entidades emisoras de las Tarjetas de Crédito, puesto que les permitirá conocer los problemas que enfrentan los usuarios con respecto al servicio brindado por las mismas, y de esta manera mejorar su servicio al cliente en armonía con las normativas relativas a los derechos del consumidor, posibilitando una mayor demanda y por ende generándoles mayores utilidades.

El documento en mención, también será objeto de consulta, no solo para los abogados, sino para la sociedad en general; instrumento de conocimiento que propicie un estudio, aun más profundo que el actual, para el logro de una regulación más adecuada de este fenómeno del mercado, sirviendo como fuente de conocimiento para una verdadera regulación a los Contratos de Tarjeta de Crédito, que de los mismos haga el Estado, a través de sus órganos o entidades competentes, a como también permitirá la comprensión de los procedimientos que debe de cumplir cada una de las partes en dicho fenómeno contractual, para que se les puedan asegurar sus beneficios establecidos en un proceso ágil que garantice la estabilidad a cada una de las partes, específicamente al usuario de la misma.

El análisis de los diversos contratos de adhesión permitirá dar a conocer que aspectos son necesarios reforzar para garantizar seguridad jurídica a la hora de suscribir dicho contrato, y de esta manera promover el servicio y la confianza en el crédito.

INDICE

| | Pág. |
|--|------|
| ESQUEMA DE CONTENIDO | 1 |
| Capítulo I. Generalidades de los Contratos | 1 |
| 1.1 El Contrato en el Derecho Romano | 1 |
| 1.2 El Contrato Innominado en el Derecho Romano | 2 |
| 1.3 El Contrato en el Derecho Intermedio | 6 |
| 1.4 Crisis de la contratación moderna | 12 |
| 1.4.1 La Libertad | 14 |
| 1.4.2 La Intervención del Estado | 17 |
| 1.4.3 La Autonomía de la voluntad. Limitaciones | 20 |
| 1.5 Contrato de Adhesión | 23 |
| 1.6 Los Contratos en nuestro Ordenamiento Jurídico | 28 |
| 1.7 Los Contratos Innominados en nuestro Ordenamiento Jurídico | 29 |
| 1.8 Los Contratos Atípicos en nuestro Ordenamiento Jurídico | 30 |
| Capítulo II. Antecedentes de la Tarjeta de Crédito | 32 |
| 2.1 Antecedentes históricos | 32 |
| 2.1.1 ¿Cómo nace la Tarjeta de Crédito? | 34 |
| 2.1.2 La Tarjeta de Crédito en Nicaragua | 38 |
| Capítulo III. Generalidades de la Tarjeta de Crédito | 48 |
| 3.1 Concepto de Tarjeta de Crédito | 48 |
| 3.2 Naturaleza Jurídica | 51 |
| 3.2.1 Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito | 53 |
| 3.2.1.1 La Tarjeta de Crédito no es un título de crédito | 53 |
| 3.2.1.2 La Tarjeta de Crédito como simple medio de prueba | 54 |
| 3.2.1.3 La Tarjeta de Crédito como Carta de Crédito | 55 |

| | |
|--|-----|
| 3.3 Naturaleza Jurídica del Contrato de Tarjeta de Crédito o de Emisión | 60 |
| 3.4 Elementos Personales | 66 |
| 3.4.1 Emisor o acreditante | 66 |
| 3.4.2 Tarjeta – habiente o titular | 70 |
| 3.4.3 El Fiador | 73 |
| 3.5 ¿Qué es el Contrato de Tarjeta de Crédito? | 76 |
| 3.6 Elementos Materiales | 77 |
| 3.6.1 La Solicitud | 77 |
| 3.6.2 La Oferta | 81 |
| 3.6.3 La Aceptación | 82 |
| 3.6.4 La Firma | 84 |
| 3.7 Formación del Contrato de Tarjeta de Crédito | 86 |
| 3.7.1 Requisitos | 86 |
| 3.7.1.1 Sujetos | 86 |
| 3.7.1.2 Objeto | 87 |
| 3.7.1.3 El Precio | 87 |
| 3.7.1.4 La Causa – Fin | 87 |
| 3.7.1.5 La Forma | 88 |
| 3.7.2 Contenido | 89 |
| 3.7.2.1 Ejemplares. Redacción de las cláusulas | 89 |
| 3.7.2.2 Cláusulas que debe contener | 90 |
| 3.8 Características | 95 |
| | |
| Capítulo IV. Derechos y Obligaciones de las partes en el Contrato | 99 |
| 4.1 Derechos del Emisor | 99 |
| 4.1.1 Exigir el pago de los Resúmenes o Estados de Cuenta. | |
| Pagos Mínimos | 99 |
| 4.1.2 Fijar un limite a la suma disponible | 100 |
| 4.1.3 Establecer los procedimientos que debe observar el usuario | 101 |
| 4.1.4 Exigir la restitución de la Tarjeta | 102 |
| 4.1.5 Suspender el uso de la tarjeta o extinguir el Contrato | 102 |

| | |
|--|-----|
| 4.1.6 Preparar la vía ejecutiva. Remisión | 102 |
| 4.1.6.1 Declaraciones que debe acompañar el emisor | 104 |
| 4.2 Obligaciones del Emisor | 105 |
| 4.2.1 Mantener la vigencia del Sistema | 105 |
| 4.2.2 Remitir el Resumen Mensual y el presunto deber de cooperar del usuario | 108 |
| 4.2.2.1 Partes que debe contener el Resumen o Estado de Cuenta | 111 |
| 4.3 Derechos del Usuario | 120 |
| 4.3.1 Pertenece al Sistema | 120 |
| 4.3.2 Usar el crédito que se le concede | 120 |
| 4.3.3 Derecho a ser informado | 120 |
| 4.3.4 Impugnar las liquidaciones | 120 |
| 4.3.5 Rescindir el Contrato o renunciar a la prórroga | 122 |
| 4.3.6 Reposición de la Tarjeta en caso de robo, pérdida o deterioro | 123 |
| 4.3.7 Iniciar acciones por reparación de daños, aún cuando la Tarjeta de Crédito hubiese sido cancelada | 123 |
| 4.3.8 Recibir el Resumen. Remisión | 123 |
| 4.4 Obligaciones del Usuario | 124 |
| 4.4.1 Pagar el monto de los resúmenes | 124 |
| 4.4.2 Asumir responsabilidades por el uso e inversiones efectuadas | 124 |
| 4.4.3 Reservar la <i>clave</i> de su código de identificación personal y respetar las normas de seguridad | 124 |
| 4.4.4 Denunciar de inmediato la pérdida o robo de la Tarjeta | 125 |
| 4.4.5 Limitar sus gastos al importe que resulte de la autorización o crédito que se le concede | 125 |
| Capítulo V. Las Cláusulas Contractuales Abusivas | 140 |
| 5.1 ¿Qué es una Cláusula Abusiva? | 140 |
| 5.2 Nulidad de las Cláusulas Abusivas | 157 |
| 5.3 Abuso de la Entidad Emisora en el incremento del crédito | 173 |

| | |
|--|-----|
| Capítulo VI. Interpretación del Contrato de Tarjeta de Crédito o Contrato de Adhesión a Condiciones Generales de Contratación | 187 |
| 6.1 Interpretación del Contrato | 187 |
| 6.2 Reglas de la Interpretación | 189 |
| 6.2.1 La Regla <i>In dubio contra stipulatorem</i> | 189 |
| 6.2.2 La Regla Interpretación a favor de la parte débil | 190 |
| 6.2.3 Prioridad de una cláusula sobre otra | 190 |
| | |
| Capítulo VII. Mecanismos Legales de los Tarjeta-habientes contra los Abusos de la Entidad Emisora de las Tarjetas de Crédito | 205 |
| | |
| <i>7.1 Cláusulas que importan nulidad relativa al contrato, frente a las cuales el usuario tiene derecho a impugnar el contenido de las mismas por nocivo a sus derechos</i> | 205 |
| 7.1.1 Cláusulas que desnaturalizan las obligaciones o limitan la responsabilidad por daños | 205 |
| 7.1.2 Cláusulas que importan renunciaciones o restricciones de los derechos del usuario o amplíen los derechos de la otra parte o de una de ellas | 206 |
| 7.1.3 Cláusulas que contengan cualquier regla que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor | 207 |
| | |
| <i>7.2 Impugnación del Resumen o Estado de Cuenta</i> | 208 |
| <i>7.3 Resolución del Contrato por falta de Información cierta y efectiva antes y después del mismo respecto al Sistema de Tarjeta de Crédito</i> | 216 |
| 7.3.1 Información falsa o inexacta | 219 |
| 7.3.2 Omisión de la Información | 219 |
| 7.3.3 Control de Inclusión de cláusulas predisuestas | 226 |
| 7.3.3.1 Requisito de Perceptibilidad y Comprensibilidad | 226 |

| | |
|---|-----|
| 7.3.3.2 Requisito de entrega o facilitación al cliente del clausulado contractual predispuesto | 227 |
| 7.3.3.3 Control de Contenido | 227 |
| 7.4 <i>Aumento unilateral del crédito por parte de la Entidad Emisora</i> | 230 |
| 7.5 <i>Vía para declarar la nulidad de la cláusula abusiva</i> | 232 |
| 7.5.1 Instancia para declarar la nulidad de la cláusula abusiva | 232 |
| Capítulo VIII. Análisis de Resultado | 234 |
| CONCLUSIONES | 256 |
| RECOMENDACIONES | 262 |
| BIBLIOGRAFÍA | |

ESQUEMA DE CONTENIDO

Capítulo I. Generalidades de los Contratos

- 1.1 El Contrato en el Derecho Romano
- 1.2 El Contrato Innominado en el Derecho Romano
- 1.3 El Contrato en el Derecho Intermedio
- 1.4 Crisis de la contratación moderna
 - 1.4.1 La Libertad
 - 1.4.2 La Intervención del Estado
 - 1.4.3 La Autonomía de la Voluntad. Limitaciones
- 1.5 Contrato de Adhesión
- 1.6 Los Contratos en nuestro Ordenamiento Jurídico
- 1.7 Los Contratos Innominados en nuestro Ordenamiento Jurídico
- 1.8 Los Contratos Atípicos en nuestro Ordenamiento Jurídico



En el *primer capítulo* abordaremos lo relativo a las generalidades de los Contratos, haciendo uso para ello del estudio del Contrato Innominado en el Derecho Romano y su evolución a través del tiempo; de igual manera hacemos énfasis de los Contratos en nuestra legislación, principalmente el Contrato de Adhesión.

Capítulo II. Antecedentes de la Tarjeta de Crédito

- 2.1 Antecedentes históricos
 - 2.1.1 ¿Cómo nace la Tarjeta de Crédito?
 - 2.1.2 La Tarjeta de Crédito en Nicaragua



En el *segundo capítulo* tratamos del nacimiento de la Tarjeta de Crédito, así como de su incorporación en la vida económica y social de nuestro país. En este capítulo observaremos como dicho instrumento en un primer momento, carece de regulación alguna por parte de la ciencia del derecho, tanto en los demás países como en el nuestro.

Capítulo III. Generalidades de la Tarjeta de Crédito

- 3.1 Concepto de Tarjeta de Crédito
- 3.2 Naturaleza Jurídica
 - 3.2.1 Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito
 - 3.2.1.1 La Tarjeta de Crédito no es un título de crédito
 - 3.2.1.2 La Tarjeta de Crédito como simple medio de prueba
 - 3.2.1.3 La Tarjeta de Crédito como Carta de Crédito
- 3.3 Naturaleza Jurídica del Contrato de Tarjeta de Crédito o de Emisión

3.4 Elementos Personales

- 3.4.1 Emisor o acreditante
- 3.4.2 Tarjeta – habiente o titular
- 3.4.3 El Fiador

3.5 ¿Qué es el Contrato de Tarjeta de Crédito?

3.6 Elementos materiales

- 3.6.1 La Solicitud
- 3.6.2 La Oferta
- 3.6.3 La Aceptación
- 3.6.4 La Firma

3.7 Formación del Contrato de Tarjeta de Crédito

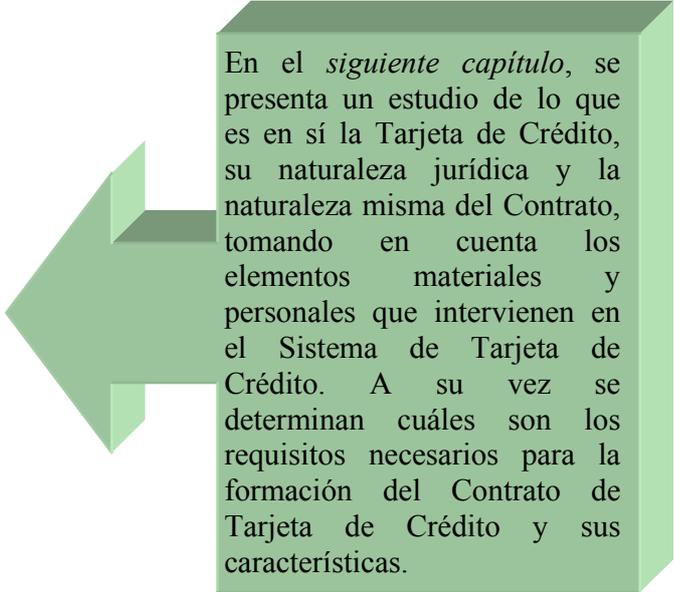
3.7.1 Requisitos

- 3.7.1.1 Sujetos
- 3.7.1.2 Objeto
- 3.7.1.3 El Precio
- 3.7.1.4 La Causa – Fin
- 3.7.1.5 La Forma

3.7.2 Contenido

- 3.7.2.1 Ejemplares. Redacción de las cláusulas
- 3.7.2.2 Cláusulas que debe contener

3.8 Características



En el *siguiente capítulo*, se presenta un estudio de lo que es en sí la Tarjeta de Crédito, su naturaleza jurídica y la naturaleza misma del Contrato, tomando en cuenta los elementos materiales y personales que intervienen en el Sistema de Tarjeta de Crédito. A su vez se determinan cuáles son los requisitos necesarios para la formación del Contrato de Tarjeta de Crédito y sus características.

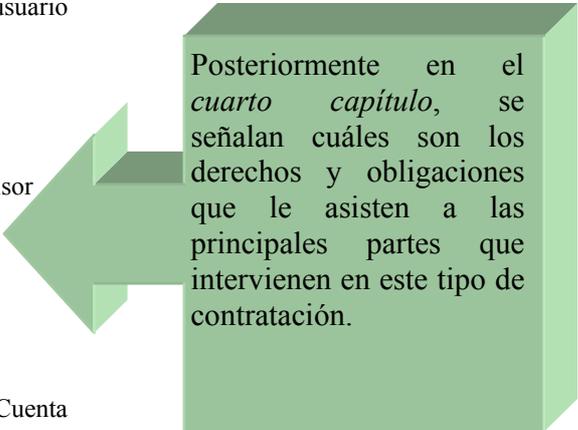
Capítulo IV. Derechos y Obligaciones de las partes en el Contrato

4.1 Derechos del Emisor

- 4.1.1 Exigir el pago de los resúmenes o Estados de Cuenta.
Pagos Mínimos
- 4.1.2 Fijar un límite a la suma disponible
- 4.1.3 Establecer los procedimientos que debe observar el usuario
- 4.1.4 Exigir la restitución de la Tarjeta
- 4.1.5 Suspender el uso de la tarjeta o extinguir el Contrato
- 4.1.6 Preparar la vía ejecutiva. Remisión
 - 4.1.6.1 Declaraciones que debe acompañar el emisor

4.2 Obligaciones del Emisor

- 4.2.1 Mantener la vigencia del Sistema
- 4.2.2 Remitir el Resumen Mensual y el presunto deber de cooperar del usuario
 - 4.2.2.1 Partes que debe contener el Resumen o Estado de Cuenta



Posteriormente en el *cuarto capítulo*, se señalan cuáles son los derechos y obligaciones que le asisten a las principales partes que intervienen en este tipo de contratación.

4.3 Derechos del Usuario

- 4.3.1 Pertenece al Sistema
- 4.3.2 Usar el crédito que se le concede
- 4.3.3 Derecho a ser informado
- 4.3.4 Impugnar las liquidaciones
- 4.3.5 Rescindir el Contrato o renunciar a la prórroga
- 4.3.6 Reposición de la Tarjeta en caso de robo, pérdida o deterioro
- 4.3.7 Iniciar acciones por reparación de daños, aún cuando la Tarjeta de Crédito hubiese sido cancelada
- 4.3.8 Recibir el Resumen. Remisión

4.4 Obligaciones del Usuario

- 4.4.1 Pagar el monto de los resúmenes
- 4.4.2 Asumir responsabilidades por el uso e inversiones efectuadas
- 4.4.3 Reservar la *clave* de su código de identificación personal y respetar las normas de seguridad
- 4.4.4 Denunciar de inmediato la pérdida o robo de la Tarjeta
- 4.4.5 Limitar sus gastos al importe que resulte de la autorización o crédito que se le concede

Capítulo V. Las Cláusulas Contractuales Abusivas

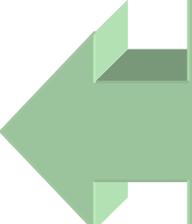
- 5.1 ¿Qué es una Cláusula Abusiva?
- 5.2 Nulidad de las Cláusulas Abusivas
- 5.3 Abuso de la Entidad Emisora en el incremento del crédito



En el *quinto capítulo* damos a conocer lo referente a las cláusulas abusivas propias de este tipo de Contratos, las nulidades que acarrear su uso, y las consecuencias para la parte más débil en la contratación.

Capítulo VI. Interpretación del Contrato de Tarjeta de Crédito o Contrato de Adhesión a Condiciones Generales de Contratación

- 6.1 Interpretación del Contrato
- 6.2 Reglas de la Interpretación
 - 6.2.1 La Regla *In dubio contra stipulatorem*
 - 6.2.2 La Regla Interpretación a favor de la parte débil
 - 6.2.3 Prioridad de una cláusula sobre otra



En el *sexto capítulo* se enuncian cuáles son las reglas de interpretación propias de estos contratos de adhesión, las cuales prevalecen, y aseguran los derechos e intereses de los consumidores o usuarios en el servicio brindado por las Entidades emisoras.

Capítulo VII. Mecanismos Legales de los Tarjeta-habientes contra los Abusos de la Entidad Emisora de las Tarjetas de Crédito

7.1 Cláusulas que importan nulidad relativa al contrato, frente a las cuales el usuario tiene derecho a impugnar el contenido de las mismas por nocivo a sus derechos

7.1.1 Cláusulas que desnaturalizan las obligaciones o limitan la responsabilidad por daños

7.1.2 Cláusulas que importan renunciaciones o restricciones de los derechos del usuario o amplíen los derechos de la otra parte o de una de ellas

7.1.3 Cláusulas que contengan cualquier regla que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor

7.2 Impugnación del Resumen o Estado de Cuenta

7.3 Resolución del Contrato por falta de Información cierta y efectiva antes y después del mismo respecto al Sistema de Tarjeta de Crédito

7.3.1 Información falsa o inexacta

7.3.2 Omisión de la Información

7.3.3 Control de Inclusión de cláusulas predispuestas

7.3.3.1 Requisito de Perceptibilidad y Comprensibilidad

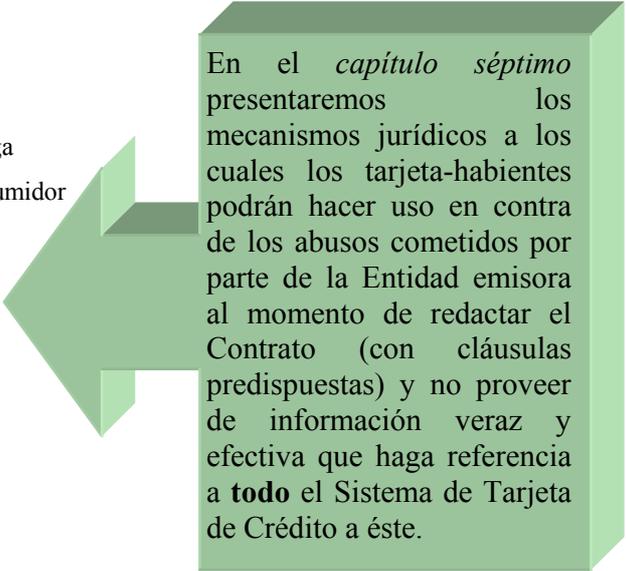
7.3.3.2 Requisito de entrega o facilitación al cliente del clausulado contractual predispuesto

7.3.3.3 Control de Contenido

7.4 Aumento unilateral del crédito por parte de la Entidad Emisora

7.5 Vía para declarar la nulidad de la cláusula abusiva

7.5.1 Instancia para declarar la nulidad de la cláusula abusiva



En el *capítulo séptimo* presentaremos los mecanismos jurídicos a los cuales los tarjeta-habientes podrán hacer uso en contra de los abusos cometidos por parte de la Entidad emisora al momento de redactar el Contrato (con cláusulas predispuestas) y no proveer de información veraz y efectiva que haga referencia a **todo** el Sistema de Tarjeta de Crédito a éste.

Capítulo I. Generalidades de los Contratos

1.1 El Contrato en el Derecho Romano

Es de mucha importancia para el estudio del presente trabajo, partir de la génesis del Derecho Occidental o Latino que ha venido a incidir en casi todas las instituciones y negocios jurídicos que actualmente se conocen, como lo es el Derecho Romano, su evolución en el tiempo y la connotada vigencia de algunos de sus principios en el mundo contemporáneo.

En el Derecho Romano es difícil hablar de conceptos o definiciones puras. Las numerosas interpolaciones y mutaciones efectuadas por obra de los glosadores y post-glosadores del siglo XII hacen dificultosa la investigación en torno a la concepción originaria de sus instituciones, en particular del Contrato.

Para comprender cabalmente la caracterización que los romanos hicieron del Contrato, efectuaremos una división en el tiempo que nos ayudará a precisar el alcance de la figura. De esta manera analizaremos el Contrato en tres principales etapas.

Durante la primera etapa, el Derecho Romano obedeció a las necesidades de una sociedad sencilla, rústica y esencialmente formalista, que se denominó Derecho Quiritario (*Ius Quiritarium*).

Las expresiones jurídicas en este ciclo estuvieron representadas por la Ley de las XII Tablas que, junto al trabajo jurisprudencial de los Pontífices, constituyeron un sistema ceremonial y solemne. Es el período de la *sponsio*, del *nexum*, etc.

La segunda etapa de la historia jurídica de Roma estuvo caracterizada por el ensanchamiento general de todas las instituciones del *Ius Quiritarium*, a la vez que disminuyó el rigor del formalismo.

En esa etapa surgió la figura del *Pretor* facilitando enormemente la tarea de adaptación del genuino Derecho Romano a las necesidades de la nueva sociedad. Aparecen los denominados Contratos Reales en todas sus expresiones junto a los Contratos Consensuales.

Por último durante la tercera etapa observaremos la expansión que tuvo el Derecho Romano a tierras y pueblos anexados al Imperio, significando una profunda transformación de las clásicas modalidades contractuales incorporadas al Derecho Romano por la presencia de nuevas costumbres y nuevas necesidades.

Este fraccionamiento en el tiempo nos resulta necesario porque durante nuestra investigación hemos podido comprobar que el concepto de Contrato, sus elementos, sus modalidades, sus principios, etc., se han ido transformando con la evolución del pueblo romano¹.

Consideramos imprescindible, por tanto, mantener este método evolutivo como una constante en nuestra investigación, pues el Contrato, como institución, es la figura jurídica que más ha sentido los cambios políticos, sociales y económicos de la civilización, y es precisamente producto de esos cambios que nacen en el Derecho Romano, nuevas categorías contractuales, llamadas *Contratos Innominados*.

1.2 El Contrato Innominado en el Derecho Romano

Se llaman Contratos innominados aquellos que para perfeccionarse necesitan la prestación de cualquiera de las partes; similar a lo que sucede con los contratos reales, pero que no fueron reconocidos como figuras propias sino hasta Justiniano. Se agrupan en cuatro²:

¹ Vallespinos, Carlos Gustavo. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 1.

² Agustín, Bravo G. Sara Bialostosky. Compendio de Derecho Romano. 4º edición. Editorial Porrúa. México. 1990. p. 146.

1. *Do ut des*: doy para que des
2. *Do ut facias*: doy para que hagas
3. *Facio ut des*: hago para que des
4. *Facio ut facias*: hago para que hagas.

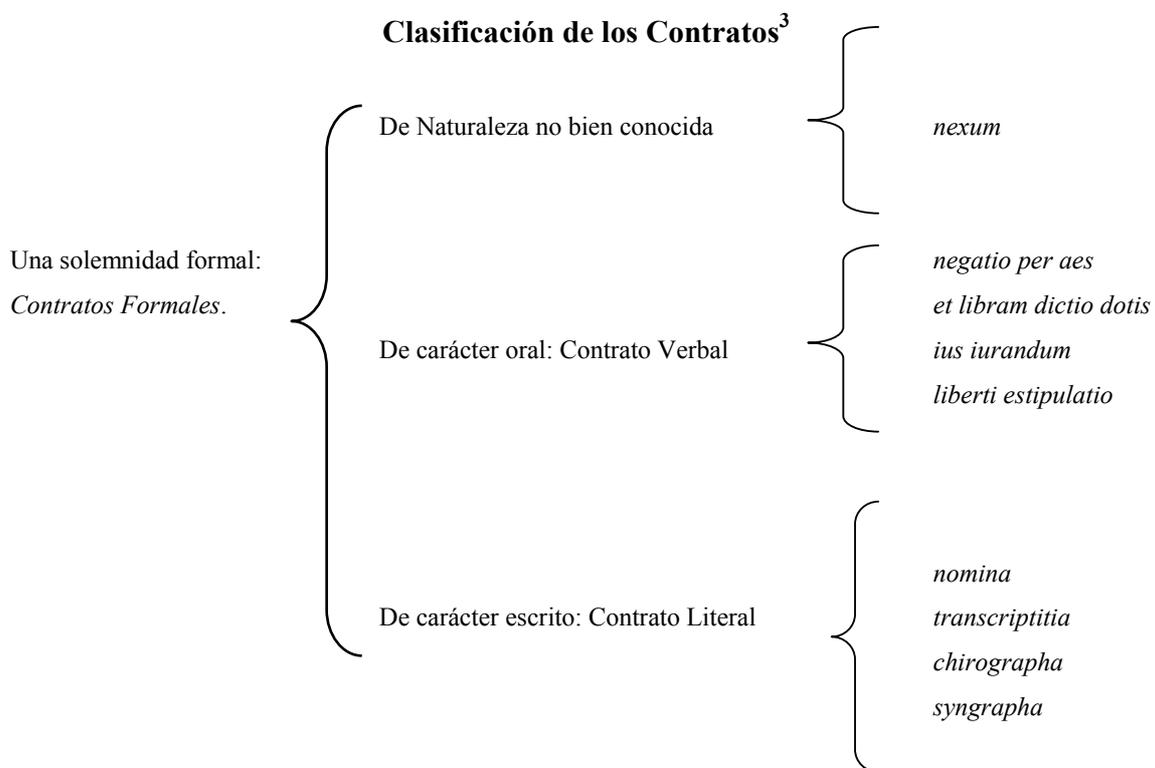
La creación de estos Contratos fue paulatina, en un principio de estas convenciones no nacía una *actio* mediante la cual la parte que hubiera cumplido la prestación convenida pudiese obligar a la otra parte a cumplir lo que le correspondía; solamente, y con base en el principio de que no debía tolerar un enriquecimiento ilegítimo, el que había cumplido podía ejercitar la *condictio causa data causa non secuta*, con la cual obtenía la devolución de lo entregado, o podía también obtener una reparación del perjuicio ejercitando la acción de dolo.

Pero estos medios sólo servían para volver al statu quo anterior, no para obligar a la otra parte a cumplir con lo convenido; para remediar esto se introdujo la *actio praescriptis verbis*, designada también con los nombres de *actio civiles*, *actio in factum*. La creación de los Contratos Innominados marca el triunfo de la convención sobre el formalismo.

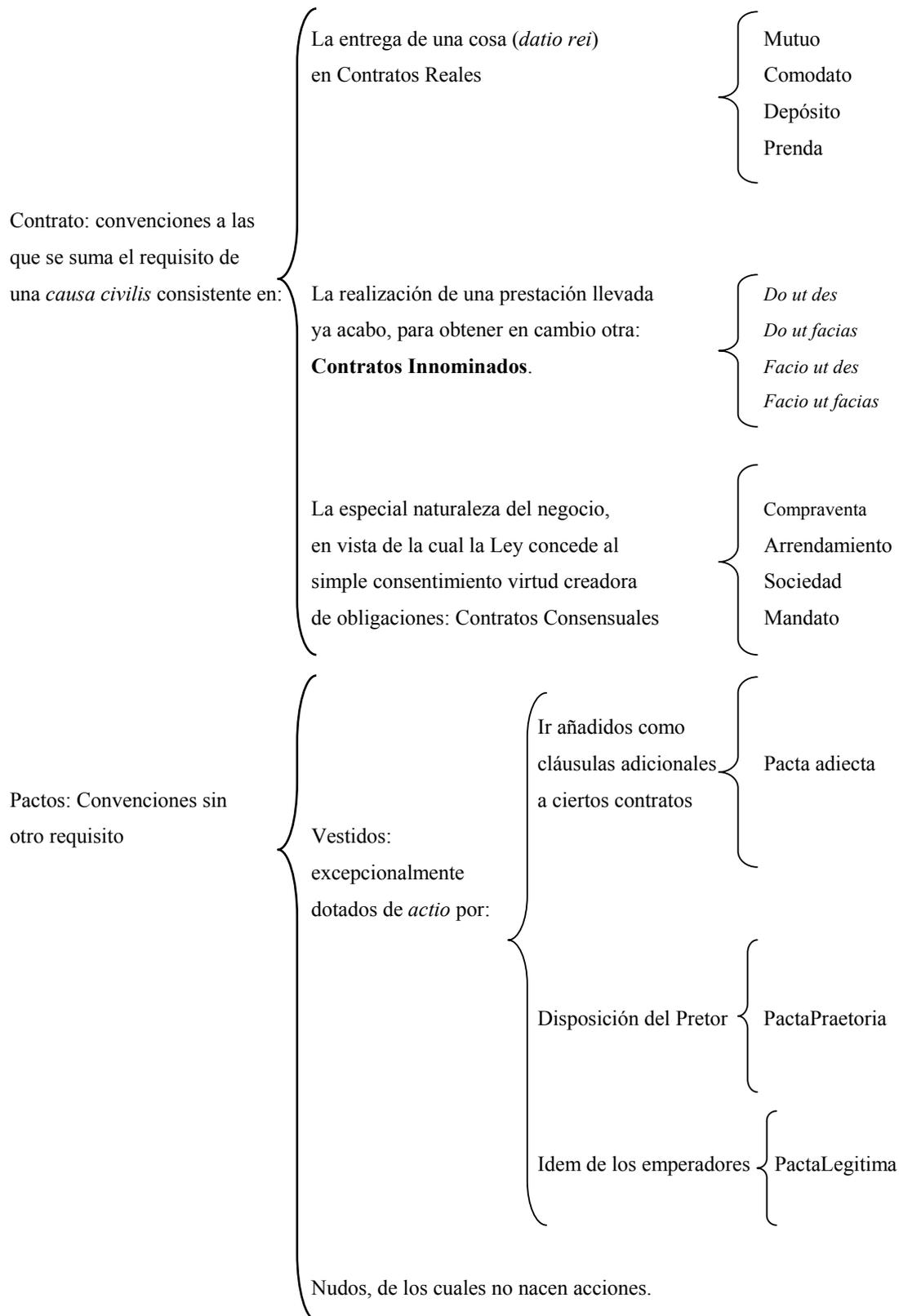
Las figuras más frecuentes entre estos contratos son:

- a) La *Permuta*, cuando una de las partes transfiere la propiedad de una cosa para obtener en cambio la propiedad de otra.
- b) El *Aestimatum*, en el cual el propietario de una cosa la entrega a otro, tasando su valor, para que éste le venda y devuelva el importe tasado, quedándose él con la diferencia, si la hubo.
- c) *Precarium*, a ruego de los clientes los patrones les dejaban disfrutar terrenos, figura parecida al comodato, pero que podía ser revocada en cualquier momento.

La clasificación de los Contratos en el Derecho Romano, es susceptible de variadas formas de categorización, ya que se pueden clasificar por su perfeccionamiento, por la manera de interpretarlos, por los efectos que tengan sobre las partes y otra clasificación referida a los Contratos Nominados, que son los que hemos señalado, y Contratos Innominados, que surgieron a partir de la época clásica: *do ut des, ut facias, facio ut des y facio ut facias*.



³ Agustín Bravo G. Sara Bialostosky. Compendio de Derecho Romano. 4º edición. Editorial Porrúa. México. 1990. p. 180.



1.3 El Contrato en el Derecho Intermedio⁴

Consideramos preciso determinar en la Edad Media, dos etapas. La primera, la **Alta Edad Media**, se caracterizó, por el continuo decaimiento de las instituciones romanas a consecuencia de la avalancha de las nuevas costumbres traídas por los invasores germánicos junto al definitivo cambio social y económico gestado desde principios del siglo V.

La segunda, la **Baja Edad Media**, marcada por el florecimiento de las instituciones, por el auge de la sociedad en todos sus aspectos y por el establecimiento de un nuevo sistema económico.

El Contrato, no escapó a estos vaivenes. Así podemos hablar en la Edad Media de dos sistemas contractuales distintos. Uno, producto de la crisis de la Alta Edad Media, carente de significación, formalista, regresivo, frente a otro: romanista, clásico y fluctuante con relación a las regiones en que se aplicaba y entre quienes regía.

El Contrato durante la Alta Edad Media fue complejo. El fin de la prosperidad de los primeros siglos del Imperio Romano y la crisis del Bajo Imperio, que continuó durante la Alta Edad Media, hizo retornar a la sociedad romana a los principios de una economía natural buscando, el equilibrio perdido. El predominio del dominio feudal originó una economía fundamentalmente agrícola y conducente a la denominada economía artesana de la ciudad⁵.

⁴ Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 49 – 56.

⁵ Girón Tena José. El Concepto de Derecho Mercantil, desenvolvimiento histórico y Derecho Comparado. – Anuario de Derecho Civil. t. VII, fasc. III, julio-septiembre, Madrid, 1954. p. 711 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 51.

Todos estos factores fueron impulsando para que el señor feudal emergiera en la sociedad medieval y se constituyera en el centro sobre el cual se desarrollaría todo un nuevo sistema.

Por consiguiente, fueron necesarias nuevas técnicas contractuales, como por ejemplo, el empleo del “*colonato*”, del “*precarium*”, del “*beneficio*”, etcétera.

Las invasiones germánicas trajeron para el ámbito contractual⁶ dos consecuencias: el decaimiento del Derecho Romano y el nacimiento de un Derecho consuetudinario. Las corrientes germánicas requirieron formas contractuales formales y rígidas. El sistema contractual del medioevo se tornó nuevamente formalista al abandonarse el procedimiento consensual de los romanos. Por otra parte, tomó cada vez mayor vigencia el Derecho consuetudinario regional.

Por tanto, en la Alta Edad Media, el desarrollo del Contrato fue escaso. Este carácter quedó patentizado ante la simplificación cualitativa y cuantitativa de las relaciones contractuales que ahora estuvieron dirigidas, por lo general, a la tierra en todos sus aspectos. La técnica contractual desarrollada en este período fue formalista, lo cual llevó a un completo alejamiento de las estructuras consensuales romanas.

El Contrato siguió su evolución, hasta arribar al siglo X en el que podemos ubicar dos sistemas contractuales. Uno formalista, real, abstracto; y otro unificado en torno a las relaciones entre los señores feudales y los vasallos, caracterizado por su alcance toda vez que superó el ámbito del derecho privado para introducirse, en cierta forma, en el derecho público.

⁶ Masnatta Nestor. *Las Nuevas Fronteras del Contrato*. Editorial: Abeledo – Perrot, Bs. As. 1965. p. 14; Giorgi Jorge. *Teoría de las Obligaciones*. Editorial: Reus, Madrid 1978, t. III, p. 187; Colin y Capitant, H. *Curso elemental de Derecho Civil*. 3ª ed. Editorial: Reus, Madrid 1965, t. III, p. 583. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. *El Contrato por Adhesión a condiciones generales*. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 52.

Ambos sistemas se complementaron y constituyeron la técnica contractual más acertada para la situación económica y social de la época.

Se desarrolló, una nueva modalidad de la contratación acorde con las circunstancias sociales, económicas y territoriales.

También existió un retroceso jurídico al negárseles validez a las transacciones puramente consensuales salvo las escasas excepciones que se establecieron en el Fuero de Navarra y de Soria⁷.

Dentro de las técnicas contractuales más utilizadas durante la Alta Edad Media, tenemos:

- a) *El Precarium*
- b) *La Precaria*
- c) *El Beneficio*

El *Precarium* quedaba constituido con la entrega de las tierras por el señor al vasallo mediante una promesa de fidelidad absoluta que iba acompañada generalmente de una serie de obligaciones a cargo del vasallo.

Posteriormente, la incidencia de la Iglesia, junto a sus deseos de mantener buenas relaciones de amistad con sus vecinos territoriales, a menudo se vio obligada a conceder sus tierras para asegurar la protección tanto de sus miembros como de sus bienes. Esta política le permitió mantener una pacífica armonía con los centros de poder particulares, constituidos alrededor de los grandes señores feudales, y conseguir la ansiada seguridad.

⁷ Ferrandis y Viella: en nota a la obra de Gorla Gino. *El Contrato*, ob. Cit., t. I, p. 54, expresa que en dichos fueros se establecía que para los villanos quedarán obligados por el mero consentimiento. Conf. Lacruz Berdejo José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Editorial: Bosch, Barcelona 1977, t. II, p. 18 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. *El Contrato por Adhesión a condiciones generales*. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 56.

De esta forma la Iglesia contribuyó a multiplicar las relaciones comerciales, en especial en lo referido a las tierras, utilizando para ello un procedimiento contractual llamado: *la Precaria*.

Esta modalidad consistía en la concesión de tierras de la Iglesia a los particulares por el término de cinco años, teniendo como contraprestación el pago de un censo anual.

El empleo del *Precarium* por los reyes bárbaros constituyó el denominado “*Beneficio*”. Consistía en una retribución que éstos realizaban a sus funcionarios por los servicios recibidos de estos últimos.

En definitiva podemos decir, que las modalidades contractuales instrumentadas en la Alta Edad Media tuvieron un alto contenido de Derecho Público debido a los distintos factores antes mencionados pero que sirvieron para el ensanchamiento de las relaciones contractuales a la vez que impulsaron la sanción legal de los deberes de los vasallos, con lo cual el Contrato perdió toda semejanza con las formas reales de la contratación.

A su vez, llegando a la **Baja Edad Media**, éste período de la historia aparece caracterizado por un marcado florecimiento político, social y económico, que se constituyó en la razón de ser de los cambios jurídicos realizados principalmente durante los siglos XII y XIII.

El Contrato no escapó a esas fluctuaciones y pronto se vio nuevamente superado por la realidad histórica que impuso, el proceso de adaptación jurídica necesario para satisfacer las necesidades de la sociedad medieval.

Este renacimiento vino a poner fin a un larguísimo período de desorden político y social originado en las distintas luchas internas que, junto a las invasiones germánicas, convulsionaron la sociedad medieval. Originó en definitiva un nuevo orden político: **el feudalismo**.

En este nuevo sistema el Contrato Innominado cobró un notable auge al retornarse a las viejas prácticas del Derecho Romano antiguo⁸.

Esta vuelta a las modalidades tradicionales no fue absoluta. Existió una yuxtaposición de sistemas, pues los principales procedimientos contractuales que las costumbres bárbaras habían impuesto se mantuvieron al lado de las normas del Derecho Romano⁹.

Las causas que motivaron la adopción del Sistema contractual medieval al Feudalismo, fueron:

- i. El Renacimiento del comercio. La Banca y la Industria
- ii. La Formación de las nuevas ciudades
- iii. El Derecho canónico
- iv. El Renacimiento del Derecho Romano
- v. La tarea de los Glosadores y los Postglosadores

Por otra parte, no debemos olvidar dos caracteres típicos del Derecho Romano que posibilitó su rápida asimilación en la Baja Edad Media. Primero, el carácter universal que le permitió superar las diferencias de costumbres existentes entre las distintas ciudades, junto a la rigidez de sus estructuras que le permitió brindar protección y seguridad a las relaciones jurídicas de esta nueva clase social constituida por los mercaderes.

Como este último carácter estaba asentado en la igualdad de los contratantes, el feudalismo, en un primer momento, se resistió a la vigencia de tales principios pues sus relaciones jurídicas estaban basadas precisamente en la desigualdad. Sin embargo, el Derecho Romano terminó por imponerse en toda la sociedad feudal.

⁸ De Buen Lozano Nestor. *La Decadencia*, ob. cit., p. 33; Rippo, Enzo. *Il Contratto*. Editorial: Mulino – Bolonia, 1977. p. 12; El Gammal, Mostapha M. *L' adaptation du...*, ob. cit., p. 54. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. *El Contrato por Adhesión a condiciones generales*. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 59.

⁹ En el punto anterior hemos visto la adaptación del Contrato a las condiciones de la vida social y a los procedimientos germánicos impuestos bajo el reinado de los bárbaros.

Otro factor decisivo que cabe señalar, es el papel que jugaron los glosadores y los postglosadores. Fueron ellos quienes al descubrir los textos de Justiniano, comenzaron el estudio de las fuentes romanas, principalmente en los Libros del Digesto.

Hemos visto que durante el período histórico denominado Baja Edad Media sucedieron una serie de acontecimientos políticos, sociales y económicos que posibilitaron el florecimiento comercial; el nacimiento de nuevas ciudades, el nacimiento de una nueva burguesía y el decaimiento del Derecho consuetudinario. Todos estos factores, requirieron del Derecho una técnica capaz de satisfacer las necesidades creadas a partir de la existencia de estas situaciones.

El Contrato, debió transformarse para estar acorde a las circunstancias políticas y económicas de la época, toda vez que las mismas necesidades que hicieron nacer a fines de la República los contratos consensuales, durante el siglo XIII, se unieron para favorecer el retorno de la técnica contractual romana.

El auge de las corrientes comerciales, la instauración de un nuevo sistema económico donde la banca y la industria tomaban activa participación, fueron los principales factores que hicieron renacer un sistema contractual simple, capaz de brindar seguridad y rapidez en las transacciones.

Estas necesidades crearon un Contrato basado en los principios de equidad y buena fe, al mismo tiempo que se tornaba obligatorio el simple acuerdo de voluntades.

Las relaciones entre el señor feudal y el vasallo debieron ser atendidas por el Derecho. El *precarium*, paso a formar parte del patrimonio de este último al ponerse fin a la relación personal que existía entre ambos, pues se admitió su transmisión a los herederos del vasallo y posteriormente su cesión como si se tratará de cualquier otro bien patrimonial.

El carácter económico del Contrato feudal hizo desarrollar la denominada teoría del “*dominio dividido*”¹⁰, radicalmente opuesta a la concepción individualista y absoluta del Derecho Romano.

Vemos entonces que la transformación del Contrato no sólo estuvo referida a una parte de la población sino que también debió adaptarse a las relaciones que mantenían los nobles, esta vez para favorecer en cierta medida al vasallo.

1.4 Crisis de la Contratación Moderna

Antes de comenzar este acápite cabe hacernos algunas preguntas referidas a la doctrina contractualista contemporánea, la cual ha dedicado su atención a la denominada “Crisis del Contrato”.

¿Cómo podemos hablar de una Crisis del Contrato, cuando acrece su número, se diversifican sus especies y se expande su contenido obligatorio? Es decir, ¿Existe Crisis del Contrato?

Por nuestra parte estamos plenamente convencidos de que el mundo contemporáneo todo está en crisis, y más que pretender enumerar las causas de este fenómeno nos basta con significar lo que a nuestro juicio es la base del problema: **el hombre contemporáneo**.

El hombre vive y se desarrolla en sociedad, por lo cual necesariamente debe entrar en contacto con el resto de la civilización.

En esta situación de crisis queda inmerso el Derecho, razón por la cual pasa a constituirse un eslabón más de esa crisis mundial. Sus instituciones, sus principios, sus dogmas, sus estructuras también estarán en crisis, máxime en las relaciones contractuales

¹⁰ Ourliac Paúl. Historia del..., ob. cit., t. I, p. 266. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 70.

toda vez que el contrato es la institución jurídica que más refleja la vida de relación socio – económica de la sociedad.

Sin embargo, nos ha parecido apropiado agrupar una serie de elementos o manifestaciones que, han llevado al Contrato a su crisis contemporánea.

En primer lugar no podemos reprochar a los codificadores de 1800 o de 1900 por haber inclinado su mirada hacia el individualismo, como tampoco por haber rechazado los principios corporativos. Ellos legislaron para la sociedad de su tiempo, ya que el papel del legislador no es realizar con anticipación, pero sí para el medio, para la época en la cual vive.

Esta situación ha permitido que en la actualidad nos encontremos con un sistema de Derecho positivo individualista frente a una organización social de tipo colectivista.

Por otra parte, las nuevas técnicas contractuales se han revelado frente al carácter formal, abstracto y estático de la legislación vigente.

Debemos señalar la posición crítica del Contrato con relación a sus principios básicos y ha su estructura. En la concepción clásica, la voluntad jurídica de los contratantes permitía considerarlo como la palanca suprema de la vida jurídica, esa condición ha cedido en las últimas décadas toda vez que “el consentimiento ya no es el nervio del negocio”.

Además, encontramos que también el otro gran pilar de la dogmática contractual clásica ha desaparecido. ¿Quién puede hablar hoy de equilibrio de los contratantes frente a las realidades económicas contemporáneas? Es por esta razón que decimos que el Contrato está en crisis, porque sus principios de libertad e igualdad presentan profundas alteraciones.

Otro punto que hay que mencionar, es que actualmente existe un concepto clásico del Contrato que se sigue formulando en los textos y enseñando en las aulas de clases, un

concepto teórico mantenido por inercia o pereza mental. La mayor parte de los negocios jurídicos que seguimos llamando Contratos no encajan en los clásicos moldes o en las viejas técnicas siendo necesario por ende, que el Derecho se ajuste a los hechos.

Carbonnier¹¹, expresaba que: *el derecho debe ajustarse a los hechos. Si las reglas de orden público son violadas de una manera constante por el conjunto de la población, hay que cambiarlas.*

Este proceso de adaptación ha originado una serie de situaciones que las agruparemos alrededor de dos temas capitales en el desarrollo del Contrato moderno, ambos referidos a sus elementos estructurales. Es por esta razón que trataremos la creciente intervención estatal en el Contrato, y las limitaciones que viene sufriendo el principio de la autonomía de la voluntad junto al menoscabo de la libertad contractual.

1.4.1 La Libertad

El hombre está dotado de una serie de atributos que le permiten alcanzar la categoría de persona. Entre ellos, la libertad y la igualdad constituyen la esencia misma del individuo.

Estos atributos desempeñan un papel trascendental para la vida de relación de los sujetos estando, además, ensamblados el uno en el otro, por lo que “el derecho a la libertad es el resultado de la igualdad. Si los hombres son iguales, nadie tiene derecho a imponer su voluntad a los demás¹²”.

Este planteamiento teórico tuvo alguna vez vigencia práctica, pero sin duda alguna las distintas transformaciones políticas y económicas acaecidas en el curso de la historia

¹¹ H. Capitant. *La Mitoyonnette et les nouveaux de construction*. París, 1929. p. 84, quien expresa que: el derecho no es para trabar el progreso sino para servirlo.

¹² Leclercq Jacques. *El Derecho y la Sociedad*, trad. de I. Antich, Editorial: Herder, Barcelona, 1965. p. 152
EN: Carlos Gustavo Vallespinos. *El Contrato por Adhesión a condiciones generales*. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 204.

han desvirtuado tales principios de forma que hoy se ha puesto en tela de juicio “hasta qué punto la persona está en condiciones de conquistarse y crearse por sí misma una personalidad¹³”.

Recortada la libertad de los individuos a través del Derecho, es preciso poner de resalto que el contenido y extensión de la misma ha variado a lo largo de la historia en su afán de seguir las corrientes ideológicas y los movimientos económicos de la sociedad. Así, por ejemplo, durante todo el esplendor del liberalismo la libertad jurídica se constituyó en uno de los pilares fundamentales de la estructura jurídica. Sin embargo, se ha sostenido que encerrado en el individualismo, el hombre no tiene más que una libertad ilusoria¹⁴.

Nuestro interés es analizar la evolución de esa libertad jurídica con relación al Contrato. De allí que tengamos que vincular forzosamente el tema de la libertad con la denominada autonomía de la voluntad por cuanto la construcción positiva liberal estructuró al Contrato sobre la base de dicha teoría¹⁵. Solamente así podremos confrontar el principio de la libertad frente a la crisis del Contrato.

En nuestros días, el poder de determinación contractual ha sido superado por nuevas realidades, como lo son la **estandarización de las relaciones jurídicas, la masificación de los contratos, la uniformización del contenido contractual, los aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, la presencia de ofertas oligopólicas o monopolíticas, etc.**

¹³ Legaz y Lacambra Luis. Derecho y Libertad. ob. cit., p. 90. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 205.

¹⁴ Eduardo Haldueno ha expresado al respecto: la historia económica de los siglos XIX y XX muestra que la libertad absoluta mató a la competencia no tanto por razones ideológicas sino por razones de tamaño y tecnología requerida por las empresas. “Justicia y Mercado”, publicado en el diario “Clarín” de Buenos Aires el día 9 de septiembre de 1981. p. 15 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 205.

¹⁵ Legaz y Lacambra Luis. Filosofía del Derecho, 5ª edic. Editorial: Bosch, Barcelona, 1979. p. 743 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 206.

El decaimiento de la libertad jurídica de los contratantes se manifiesta, por lo general, tan sólo en uno de los sujetos de la relación jurídica contractual: en el aceptante que ahora se ha transformado en un simple adherente al ver limitado su poder de determinación a contratar o no contratar, con la que en determinadas circunstancias ni siquiera conserva esta última decisión. También se ha cercenado gravemente la decisión de uno de los contratantes respecto del contenido de la relación jurídica creada por el “acuerdo de voluntades”.

La expresión jurídica moderna que demuestra típicamente la caída de la libertad tiene su modelo en las contrataciones celebradas por adhesión a condiciones generales, en donde el sujeto adherente ve eliminada o menoscabada seriamente su libertad contractual, es decir, su libertad para establecer el contenido del Contrato¹⁶ toda vez que el sujeto estipulante, en virtud de superioridad contractual, no le permite introducir ninguna cláusula en lo que será la regla común de las partes.

En definitiva, el mundo jurídico contemporáneo ve afectada la estructura clásica del Contrato toda vez que uno de los elementos integrantes de la autonomía de la voluntad, la libertad, ha sido seriamente menoscabada. Ello ha permitido la aparición de nuevas técnicas contractuales que marginan el poder de decisión del contenido del Contrato para uno de los sujetos de la relación contractual.

En resumen, en nuestro mundo contemporáneo ya no tienen cabida las expresiones de Fortier: “*Quien dice Contrato dice igualdad en la libertad*”¹⁷. Por el contrario, cuando hoy nos referimos al Contrato necesariamente debemos pensar en la falta de libertad obtenida a través de una moderna concepción de vicio de violencia (económica, coyuntural, etc.).

¹⁶ Alberto Spota. Instituciones de... ob. cit., Contratos, vols I y II. p. 23 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 207.

¹⁷ Georges Fortier. Des Pouvoirs du Fugé en matière de contrats d'adhesión. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 208.

1.4.2 La Intervención del Estado

Los dogmas sobre los que se estructuró el contrato fueron: libertad de contratación, fuerza obligatoria, igualdad de los contratantes y autonomía de la voluntad.

En los comienzos del liberalismo, ni la ley ni los jueces podían intervenir en las relaciones jurídicas de los particulares. Una ley no puede no agregar ni suprimir a un Contrato concluido.

La fuerza obligatoria de los Contratos presentaba, pues, una utilidad enorme para el mundo comercial al brindar la seguridad necesaria para las relaciones económicas concertadas entre los particulares.

Coincidimos con dicho postulado, pero solamente le reconocemos plena vigencia para un sistema económico sin abusos ni excesos.

Por otra parte, el liberalismo en sus comienzos prohibió que los legisladores se introdujeran en las relaciones jurídicas de los particulares así como también que los jueces modificasen cualquier situación jurídica. También se limitaba la intervención del Estado, ya sea por vía legislativa o por la vía judicial.

Para justificar tanto absolutismo se adujeron los valores de seguridad y justicia, los derechos de la libertad, de propiedad, etc¹⁸. Pronto surgió el interrogante de saber si la Ley contractual debía ser considerada intangible y sin reserva al tiempo de resguardar el interés colectivo o si por el contrario, era posible asignarle límites a la fuerza obligatoria del Contrato.

¹⁸ Mosset Iturraspe Jorge. Justicia Contractual, ob. cit., p. 31 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 209.

Al final de las dos grandes guerras mundiales, el auge de la socialización del Derecho comenzó lo que se conoció como el intervencionismo estatal y por ende, la constitución de un dirigismo contractual acorde con las nuevas circunstancias socio – económicas del mundo contemporáneo.

A partir de la Primera Guerra Mundial y durante el periodo de posguerra, el legislador intervino tanto en la economía, como en las relaciones jurídicas de los particulares.

La postura intervencionista del Estado estaba en plena consonancia con los postulados de la socialización del Derecho que nacieron a fines del siglo XIX y que han cobrado pleno desarrollo en nuestros días al procurar una mayor protección del individuo en su relación de sociedad.

En nuestro concepto, la intervención del Estado debe tener dos principales objetivos: en primer lugar, **alentar la libre competencia para un normal desarrollo de la economía de mercado**, y en segundo lugar, **defender la libertad de consumo**, pues sólo a través de ambas protecciones se conseguirá la libertad económica y por consecuencia la libertad de contratación de los individuos. Todo lo demás y los casos que posteriormente se han experimentado a lo largo del siglo XIX y parte del siglo XX, son puros excesos estatales.

Para alcanzar dichas metas el Estado tiene dos grandes caminos, el primero de ellos, a través del legislador o bien por medio del juez. Cualquiera que sea el medio que se adopte habrá cambiado el postulado de la fuerza obligatoria de los Contratos en el sentido interpretativo que le dio el liberalismo individual.

Si se optare por la vía legislativa, la intervención del Estado se debe encaminar hacia la imposición de un determinado contenido contractual o bien, si la relación jurídica contractual ya ha sido creada por la libre determinación de las partes, o de una de ellas, en

los Contratos por Adhesión, el Estado deberá penetrar en esas relaciones, sea para limitar el alcance del contenido, sea para fijar los nuevos términos del Contrato.

El fin perseguido es siempre la adaptación de las relaciones contractuales a las circunstancias económicas, a los imperativos de la moral, del orden público, y al principio de justicia social¹⁹.

El otro camino, puede ser el judicial. El Estado hará imponer los postulados de justicia y equidad mediante la revisión o resolución de los contratos. Sin embargo, entendemos que la intervención mediante la actuación judicial no debe quedar agotada en estas posibilidades. Es necesario dotar a los sistemas positivos vigentes de las acciones correspondientes (nulidad, anulabilidad, etc.) cuando ocurra esa nueva expresión de la violencia a que nos hemos referido anteriormente, al tiempo de celebrarse la relación contractual.

Esta corriente intervencionista presenta serios “peligros” originados en: la falta de un límite para su intromisión; la inestabilidad que ello provocaría en ciertas relaciones jurídicas; las posibilidades de un manejo político desmedido, etc. Sin embargo y pese a todos los inconvenientes, estamos persuadidos de que el Estado debe velar útiles y honestos²⁰, debe evitar males a la sociedad; por el bien común, el interés público, debe proteger los Contratos socialmente, debe orientar la convivencia de la civilización²¹, etc., objetivos que sólo podrán ser alcanzados a través de la injerencia y regulación en las relaciones particulares.

¹⁹ José L. Berdejo Lacruz. *Elementos de...*, ob. cit., vol. II, p. 14 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. *El Contrato por Adhesión a condiciones generales*. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 212.

²⁰ Fernando López de Zavallía. *Teoría de los...*, ob. cit., Parte General, p. 31. “El Estado no puede desentenderse del papel que desempeña el contrato en el ámbito social. En defensa del Bien Común debe intervenir, y se sostiene que el Estado sólo debe proteger los contratos socialmente útiles” EN: Carlos Gustavo Vallespinos. *El Contrato por Adhesión a condiciones generales*. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 213.

²¹ Guillermo Borda. *Tratado de...*, ob. cit., *Obligaciones*, T. II, 3ª edic., p. 120. “La experiencia ha puesto de manifiesto que no es posible dejar librados ciertos contratos al libre juego de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social”.

Solamente a través de la intervención del Estado podrán solucionarse los grandes problemas originados en el tráfico negocial contemporáneo. La ruptura del equilibrio económico de los contratantes, el aprovechamiento de la parte más fuerte frente a las necesidades de un tomador de ofertas desprotegido, débil y carente de toda libertad de contratación así lo impone²².

Pero, creemos que le asiste también al Estado otra forma de intervención en las relaciones jurídicas; nos referimos a aquellas situaciones en que si bien pudo haber existido básicamente libertad e igualdad jurídica en la contratación, el fin perseguido por las partes es de interés social²³.

El intervencionismo de ninguna manera puede anular la libertad individual²⁴; sólo debe tener un sentido de colaboración atendiendo a que el Contrato no sea jamás un instrumento de explotación, sino de paz y de equilibrio entre los hombres²⁵.

1.4.3 La Autonomía de la Voluntad. Limitaciones

La autonomía de la voluntad es otro de los pilares en que se asentó el Contrato liberal, según tuvimos oportunidad de expresarlo. Este principio se tradujo en el reconocimiento que otorgó el Derecho a los particulares para la autorregulación de la institución.

²² Héctor J. Escola. Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1977, p. 25 y ss. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 213.

²³ Gounot. Le Principe de L' autonomie de la volonté en droit privé. Contribution a l' étude critique de l' individualisme juridique. Dijon, 1912. p. 72. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 213.

²⁴ Luis Recaséns Siches. El Contrato su ubicación en el Derecho y su fuerza de obligar, Rev. De la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Univ. Nac. Autónoma de México, 1946, t. VIII, N° 29. p. 123. Esa idea de la dignidad es la que considera decisiva para el fundamento de la obligatoriedad de los contratos. En efecto, el individuo humano debe ser tratado siempre en todas las relaciones como persona humana, es decir, como sujeto con dignidad y no como pura cosa.

²⁵ Juan M. Saravia. El Contrato. Rev. Del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1940. p. 15 EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 214.

La autonomía de la voluntad presupone dos elementos integrativos: la libertad de contratación, compuesta por la libertad de contratar y la libertad contractual, y la igualdad ante la Ley.

Este sustento tuvo su época de esplendor, muy justificado por cierto, hasta los primeros años del siglo XIX toda vez que estaba perfectamente adecuado a la realidad socioeconómica imperante.

Por otra parte, las ideas filosóficas imperantes en esa época consagraron la soberanía del individuo que, junto a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, ayudaron a reforzar el establecimiento de la autonomía de la voluntad.

El panorama presentado hasta aquí permitió la aplicación de la libertad contractual para un medio económico precario y poco desarrollado, donde las relaciones eran perfectamente discutidas por las partes.

En este medio socioeconómico se desarrolló el dogma de la autonomía de la voluntad y se práctico sin mayores trabas hasta la segunda mitad del siglo XIX. Precisamente en este nuevo periodo de la historia, distintos factores de presión obligaron a un replanteo de la libertad en sus dos expresiones contractuales.

En efecto, el Contrato celebrado en una economía embrionaria entre individuos de parecida pujanza económica fue rápidamente superado por el de una economía capitalista, donde una de las partes contratantes está en situación de superioridad, donde cada sujeto tiene distinta necesidad, donde la posibilidad de no contratar queda prácticamente reducida a su mínima expresión. En fin, nuevamente el Contrato padeció las transformaciones socioeconómicas de una sociedad, ahora industrializada.

Junto a la creciente actividad industrial se gestó un movimiento económico de concentración de capitales que paulatinamente fue creando mayores desequilibrios

económicos entre los contratantes. Ello llevó a una multiplicidad de las relaciones económicas de los particulares junto a la directa imposición de la voluntad contractual de quien se había constituido en un poderoso monopolio u oligopolio.

Como lógica consecuencia de todas las transformaciones económicas y sociales que hemos tenido oportunidad de apuntar, sumando el creciente dirigismo contractual, sea su movimiento de expansión, sea en la restricción del Contrato, se fue corrompiendo paulatinamente la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad.

El equilibrio roto, junto a todos los factores señalados impulso a que distintos países²⁶ acrecentaran su actividad jurídica en pos de paliar los graves trastornos que significaban mantener incólume este principio de la autonomía de la voluntad.

En definitiva, la autonomía privada, pilar básico de la libertad de contratación, se encuentra seriamente afectada por distintos fenómenos de la contratación moderna tales como la intervención del Estado, la contratación con monopolios, la técnica al servicio del Contrato, la uniformización de las relaciones contractuales, etc²⁷.

²⁶ Distintos sistemas han procurado una solución que compatibilice con su idiosincrasia, con sus postulados jurídicos, con su orientación política, etc., de tal forma que dentro de los países que regulan normativamente el problema de los contratos modernos y los contratos por adhesión a condiciones generales ubicamos a aquellos que lo han hecho en el propio Código Civil; Italia (arts. 1371, 1341, 1342); Egipto (art. 149); Alemania (arts. 18, 19, 20); Etiopía (arts. 1378, 1686 y 3135). Junto a ellos tenemos países que han preferido la regulación por medio de Leyes especiales, tal es el caso de Israel (Ley 5725 del 12/2/64); Suecia (Ley sobre Condiciones Generales del 6/12/72); Francia (Ley 78 – 23 del 1/1/78); Finlandia (Ley 38 del 20/1/78); Inglaterra (Unfair Contract terms, del 1/2/78 y recientemente la modificación de 1981 que sustituyó el art. 2 del Libro VI, Capítulo 5 del Código Civil Holandés)

²⁷ Jaime Briz Santos. Contratos Fácticos y Atípicos. El Contrato como objeto de otro contrato. Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. XX, Madrid, 1976. p. 303. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 216.

1.5 Contrato de Adhesión²⁸

Las necesidades de la vida contemporánea han requerido del Derecho, los mecanismos, las técnicas, las modalidades más convenientes, etc., para satisfacer las exigencias del tráfico negocial de nuestros tiempos.

Esta búsqueda ha originado el abandono de las negociaciones basadas en la formulación de oferta y contraoferta para dar lugar a un mecanismo adecuado a la rapidez y seguridad que exige el comercio moderno. Nace así la contratación en base a un contenido predispuesto.

En este estudio nos limitaremos a analizar una de sus principales manifestaciones: **el Contrato por Adhesión.**

El Contrato de adhesión es aquel contrato en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno sólo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria.

Cabe decir que en nuestro país, los avances legislativos sobre la materia han sido prácticamente nulos, estando nuestro ordenamiento jurídico absolutamente desactualizado frente a este problema, máxime si pensamos en la extensión que cobra cada día el fenómeno de la contratación.

Por consiguiente, sin duda alguna, deberemos remitirnos al derecho comparado a fin de que nuestras investigaciones puedan alcanzar la meta deseada.

Una de las expresiones del desajuste existente entre las realidades socioeconómicas y la dogmática jurídica puede verse perfectamente reflejada en la contratación por adhesión a condiciones generales.

²⁸ Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 229.

Precisamente ese desajuste obedece a la gran transformación padecida por la economía a partir del segundo tercio de este siglo.

Para poder tratar este asunto, partiremos de tres ideas básicas, fieles reflejos de la sociedad moderna, que nos permitirá justificar la aparición de la figura.

En primer lugar afirmamos que durante toda la segunda parte de nuestro siglo se acentuó aún más el desequilibrio entre los individuos.

En segundo término podemos comprobar que se produjo un cambio radical en la producción y en el consumo de bienes y servicios. Por último, creemos que la dinámica de la historia y la celeridad de las negociaciones acompañaron a estos rasgos económicos – sociales.

El marcado desequilibrio existente entre los individuos comenzó a tomar relevancia a partir de las últimas décadas del siglo pasado, aunque en realidad no alcanzó a constituirse en una infranqueable valla para las posibles discusiones entre los contratantes. Sin embargo, al fortalecerse el poder político de ciertos grupos de particulares, junto al poderío económico que ellos alcanzaron, la libertad de contratación queda prácticamente anulada.

Este desequilibrio económico no permaneció quieto, por el contrario, se transformó prontamente en desigualdad jurídica.

El desequilibrio, la desigualdad entre los distintos contratantes, se produce en medio de una impotencia para resistir validamente las presiones de quienes controlan la vida económica a través de la oferta.

Frente a ello el Derecho comenzó ha atender al débil jurídico a fin de proteger a quien no puede discutir los términos de su negocio independientemente de su situación económica, pues bien puede tratarse de un adherente económicamente poderoso que sin embargo no haya podido ni siquiera alcanzar a discutir algunas de las condiciones de la contratación que le ha sido impuesta en razón del monopolio que ejerce el oferente.

En definitiva, al cobrar relevancia la debilidad jurídica del co – contratante, al no poder hacer valer su libertad contractual, por lógica consecuencia el principio de la autonomía de la voluntad cayó en el olvido.

El segundo rasgo típico de nuestra sociedad contemporánea y que a nuestro entender es causal directa en esta modalidad de la contratación, está referido a los cambios ocurridos en la producción y comercialización de los bienes y servicios junto a la multiplicación de las relaciones negócias.

Habíamos enumerado como uno de los principales síntomas de nuestro tiempo la concentración de las riquezas en manos de unos pocos particulares que pronto hicieron sentir sus fuerzas. Junto a ello comenzaron a surgir grandes capitales dedicados a la producción de bienes y servicios pero organizados ahora alrededor de importantísimas empresas que cubrían no sólo el ámbito nacional sino que generalmente llegarán a lo transnacional.

La estructura de estas modernas empresas exige la aplicación de dos principios económicos fundamentales a través de los cuales podrán alcanzar los objetivos de producción y distribución. Estos son: **la racionalización y la automatización.**

La racionalización ha sido caracterizada por Andrés Paulsen como: *la asignación de medios escasos para el logro óptimo de las metas establecidas*²⁹. Por su parte la automatización *persigue como objetivos las explotaciones técnicas con el máximo de rentabilidad y seguridad y facilitar el trabajo del hombre, descargándole en gran medida.*

Este fenómeno de la falta de consentimiento en las relaciones jurídicas había comenzado con el fulgor de los grandes adelantos tecnológicos que ahora, al ser aplicados en gran escala por las empresas modernas, trajeron como consecuencia directa en el ámbito contractual que la oferta y la demanda se automaticen a través de distintos mecanismos técnicos que llevaron al establecimiento previo de las condiciones de la contratación.

Además, la automatización y racionalización deben ser conjugadas con otro fenómeno de la economía moderna que es la **estandarización**. La producción se realiza cada día más uniformemente, lo que ha sido seguido por una comercialización estándar de bienes y servicios.

Por último, nos resta ver el tercer elemento justificativo de la aparición de la contratación en base a la adhesión a condiciones generales; nos referimos al **factor dinámico y acelerado de nuestra sociedad**.

Todos estos elementos de transformación económica de las últimas décadas debieron ser acompañados de técnicas jurídicas acordes a ellos y que fueran capaces de satisfacer las necesidades de celeridad y simplificación de las negociaciones.

El Derecho, dinamismo por excelencia, necesita flexibilidad, seguridad, rapidez, simplicidad, frente a las exigencias de la “economía de tiempo”³⁰.

²⁹ Andrés Paulsen. Teoría General de la Economía, trad. de M. Sánchez Sarto. Editorial: Uteha, México, 1959. p. 127. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 233.

³⁰ Hipólito Montaigne. El Contrato..., ob. cit., p. 8. EN: Carlos Gustavo Vallespinos. El Contrato por Adhesión a condiciones generales. Editorial: Universidad. Bs. As. 1984. p. 235.

De no haberse implantado la contratación a través de la adhesión a condiciones generales, las empresas, las industrias, los grandes oferentes no hubieran podido aplicar ninguno de los principios económicos que las inspiran. ¿O es que acaso suponemos al presidente de Ika – Renault, o Visa o MasterCard, discutiendo, valorando, sopesando cada una de las cláusulas de un contrato de compraventa con cada comprador particular? Indudablemente las necesidades, esta vez puramente económicas, han impulsado a la adopción de esta nueva técnica contractual.

Hemos podido observar cómo en la historia, el Contrato se ha visto modificado a partir de la evolución de la Sociedad, la cual trae mayores demandas para con la ciencia del Derecho. El movimiento del comercio, de la insipiente banca, y de los demás factores de orden económico y comercial, posibilitaron la creación de medios o instrumentos, para agilizar el tráfico de bienes y servicios, y posicionar sus productos para una mejor adquisición de los mismos, perpetuados en dichas sociedades. Es así como nacen los Contratos de Adhesión amparándose en la autonomía de la voluntad y en la libertad de contratación, para lograr sus propios objetivos (alcanzar un espectro mucho más grande en el mercado).

Para ilustrar lo antes dicho, podemos hacer referencia a la creación de varios instrumentos o medios por parte de los mercaderes y utilizados por aquellos que adquirirían bienes para su consumo, en la antigüedad, con el objeto de hacer menos riguroso y formal el comercio y el tráfico de los bienes (hay algunos tratadistas de Derecho Mercantil, que afirman que en las civilizaciones antiguas y en la época clásica de Roma, así como en los puertos de las penínsulas ibérica e itálica, se utilizaban instrumentos tallados en madera o plasmados en papiros, que materializaban y probaban las transacciones comerciales o mercantiles y en algunas ocasiones bancarias (*Carta de Crédito, Letra de Cambio, Cheques, etc.*)).

1.6 Los Contratos en nuestro ordenamiento jurídico³¹

El Art. 2435 C. estima que el “Contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico³²”.

Lo que caracteriza al Contrato es su bilateralidad, en cuanto es producto de un acuerdo de voluntades de dos o más personas destinadas a crear obligaciones. Una persona no puede dar nacimiento a un contrato. Necesita la voluntad de otra para crearlo. Por el

contrario, en los actos unilaterales basta la voluntad de una persona (testamento, renuncia del usufructo, etc.).

En lo que respecta al principio de autonomía de la voluntad, su fundamento y concepto, podemos decir que éste principio parte de la idea de que las partes se encuentran en pie de igualdad al celebrar el contrato, lo que les permite pactar lo más conveniente y justo a sus intereses. Siendo, pues, el contrato producto de la voluntad de dos o más personas, actuando en absoluta igualdad, lo acordado por ellos es justo, por lo que el Estado debe permanecer al margen de la contratación; no debe intervenir. Las partes son libres para contratar, sin límites de parte del poder estatal.

El principio de la autonomía de la voluntad está consagrado en el Art. 2437 C. que dice: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público³³”.

³¹ Iván Escobar Fornos. Derecho de Obligaciones. Editorial: Hispamer, Managua – Nicaragua. 1997. p. 55 – 56.

³² Código Civil de la República de Nicaragua. 3ra. Edición, 1998. Editorial jurídica.

³³ Código Civil de la República de Nicaragua. 3ra. Edición, 1998. Editorial jurídica.

1.7 Los Contratos Innominados en nuestro ordenamiento jurídico³⁴

Podemos definirlos como, *aquel Contrato que carece de denominación o nombre especial en un ordenamiento jurídico específico*³⁵.

Los Contratos Innominados son ilimitados. Las partes, en virtud de la libre contratación, pueden crear vínculos obligacionales que no encajan dentro de las figuras contractuales por la Ley, sin más límite que el orden público y las buenas costumbres. Entre los Contratos Innominados que se citan se encuentra el de “edición”, el de “tarjeta de crédito o de emisión de tarjeta de crédito”, para citar algunos ejemplos. En algunos países se cita el Contrato de Hospedaje como innominado, pero nuestro Código lo regula dentro del Contrato de arrendamiento, dedicándole siete artículos, del 3090 – 3096 C.

En los Contratos Innominados, la creatividad de los contratantes y el principio de la autonomía de la voluntad adquieren gran relevancia.

Los Contratos Innominados se rigen por las reglas generales de los actos y contratos, por lo que pactaron los otorgantes y por las que gobiernan a los Contratos Nominados más semejantes, siempre que lo permitan las modalidades del Innominado. Este es un caso de aplicación analógica de las reglas de los Contratos Nominados a los Innominados.

En nuestro Código tal distinción (que por cierto no la hace) no tiene importancia práctica, por cuanto tanto los nominados como los innominados tienen fuerza obligatoria y, como consecuencia, otorgan acción para su debido cumplimiento. Vale tanto un Contrato Nominado, como un Innominado.

³⁴ Iván Escobar Fornos. Derecho de Obligaciones. Editorial: Hispamer, Managua – Nicaragua. 1997. p. 66

³⁵ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas, t. II, 21° edición, revisada, actualizada y ampliada. Editorial: Heliasta S.R.L Bs. As. Arg. 1989.

Responde a tales ideas el Art. 2479 C. que dice: “Todo Contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales³⁶”.

1.8 Los Contratos Atípicos en nuestro ordenamiento jurídico³⁷

Nuestro ordenamiento jurídico carece de un concepto u definición de lo que debemos de entender por Contrato Atípico, por consiguiente lo podemos definir como *aquel Contrato que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos en un determinado ordenamiento, en cuyo caso se está ante un Contrato Innominado; o aquel que combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como Contrato múltiple. La especie antitética es, por supuesto, el contrato típico³⁸.*

Por consiguiente es preciso que entendamos y sepamos que en primer lugar los Contratos Nominados son aquellos que reciben de la Ley su regulación y denominación. Mientras que, los Innominados o Atípicos son aquellos que no están regulados por la Ley, aunque tengan denominación en la práctica civil o forense.

En la actualidad se advierte un notable cambio en lo relativo a los mecanismos de crédito y de pago (al margen de la evolución de los Contratos en general) utilizados en la actividad mercantil. Durante la antigüedad, cuando el hombre no contaba con un determinado bien para satisfacer sus necesidades, recurría al trueque, cambio de un valor real por otro de la misma naturaleza. Dicha situación se mantiene hasta que se inventa una medida común de valores (la moneda) que posibilita el cambio de un valor real por uno representativo, dando origen de esta suerte a la gran variedad de Contratos que surgieron con posterioridad.

³⁶ Código Civil de la República de Nicaragua. 3ra. Edición, 1998. Editorial jurídica.

³⁷ Iván Escobar Fornos. Derecho de Obligaciones. Editorial: Hispamer, Managua – Nicaragua. 1997. p. 66

³⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas, t. II, 21° edición, revisada, actualizada y ampliada. Editorial: Heliasta S.R.L Bs. As. Arg. 1989.

Fue en una etapa más avanzada del desarrollo de la actividad económica mercantil, cuando se empezó a emplear documentos representativos de dinero o títulos cuya prestación esencial consiste en pagar una cantidad de dinero, permitiéndose así el cambio en sentido estricto de valores representativos por otros del mismo carácter. Desde comienzos del siglo XX se generalizó en el mundo occidental el uso del cheque en lugar del dinero para solucionar obligaciones pecuniarias. La Letra de Cambio precede la aparición de los demás títulos de crédito, al incorporarse en ella una prestación consistente en pagar una suma de dinero, generalmente, en una época fijada en el documento, facilitando la concesión del crédito y el descuento que convierte la prestación futura en presente.

A pesar que en nuestros días el empleo del cheque, de la letra de cambio y del pagaré sigue siendo una práctica frecuente en el comercio para satisfacer necesidades de pago y de crédito, respectivamente, ha surgido, desde unas tres o cuatro décadas a esta parte, una forma de crédito diferente: la Tarjeta de Crédito, cuya utilización resulta cada vez más masiva, lo que justifica nuestra preocupación respecto al tipo de contrato que se gesta, la estructura jurídica para facilitar el conocimiento de la misma, y los derechos y acciones a que tiene derecho el usuario de la misma.

A continuación trataremos los antecedentes históricos de la Tarjeta de Crédito, la cual como veremos, en sus comienzos nace a consecuencia de la división del trabajo y de la demanda de la economía de mercado, y precisamente por las exigencias de éste de realizar una forma mucho más efectiva para la obtención de bienes y servicios por parte del público, amparándose en esa libertad de contratar de la que hablábamos con anterioridad, y en la celeridad de las transacciones mercantiles³⁹.

³⁹ Es debido a esta celeridad que han tenido los mercados, los cuales hacen que la sociedad quede inmersa en un consumismo desmedido, que se han elaborado sistemas de control de las condiciones generales de los Contratos de Tarjeta de Crédito, por ejemplo: Art. 42 de la Constitución Argentina y las Leyes 22262 Defensa de la Competencia, Ley 24.240 Defensa del Consumidor y del Usuario; Art. 51 de la Constitución española y la Ley 26 de 1984 Ley General para la defensa de los Consumidores y los Usuarios; en Costa Rica la Ley 7472 Ley de Protección de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor y el Art. 1023 del Código Civil; The Truth in Lending Act and The Consumer Credit Protection Act, ambas de los Estados Unidos de Norteamérica; la AGB Gesetz alemana, que es la que en doctrina impera y por último The Fair Trading Act de Inglaterra.

Capítulo II. Antecedentes

2.1 Antecedentes históricos

La tarjeta de crédito reconoce su origen histórico hacia comienzos del siglo XX. Su nacimiento se produce por motivos o razones de diversa índole, con un funcionamiento de diferente matiz que la mayoritaria y actual estructuración del sistema⁴⁰.

Cada momento que transcurre en la vida diaria se hace más ostensible que el devenir humano, y dentro de éste todo lo que atañe al proceso del giro económico, avanza sobre las estructuras jurídicas a un ritmo tan veloz, que suele dejar a éstas desubicadas para abarcar la regulación o calificación de las nuevas formas mercantiles o contractuales⁴¹.

Nuestro caso en estudio – las tarjetas de crédito – es un ejemplo que nos muestra **lo veloz del desarrollo de las distintas formas del giro económico y lo lento de la adaptación de las formas legales y jurídicas a esos fenómenos, a esas nuevas estructuras mercantiles.**

El enorme desarrollo comercial interrelacionado con el auge de la producción masiva y el consecuente desarrollo de la sociedad de consumo ha encauzado a las distintas empresas productoras, sean expendedoras o financieras de bienes y servicios a utilizar las más variadas formas de ventas y de créditos, entre las cuales podemos distinguir la institución del “*credit card*”, tarjeta de crédito⁴².

La incorporación en el devenir económico financiero de la tarjeta de crédito ha estimulado y fomentado la utilización y desarrollo masivo del crédito para el consumo, e influido en gran medida no sólo en la economía de las empresas, sino en la propia

⁴⁰ Roberto A. Muguillo. Tarjetas de crédito. 2ª. Ed. Bs. As. Editorial Astrea, 1994. p. 3.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

economía general a nivel nacional y hasta internacional, a tal punto que muchos países han llegado a sentir la impostergable necesidad de encarar su regulación⁴³.

La tarjeta de crédito es, al decir de muchos autores, el último paso de la evolución histórica de los medios de pago, entendiendo esta expresión genéricamente como elemento movilizador de la riqueza. Mas allá de aquella época prehistórica en que las transacciones se canalizaban por la vía del trueque y pasando en este mismo camino evolutivo por el uso de la moneda y luego por el cheque y las ordenes de pago bancarias, llegamos hoy a la tarjeta de crédito, para encontrarnos frente a los últimos peldaños que nos pueden llevar a la sociedad sin dinero, que muchos autores preconizan⁴⁴.

“Para Chabrier, la tarjeta de crédito constituye una nueva etapa en el proceso de desmaterialización y abstracción de la moneda; su fuerza y sus grandes posibilidades de éxito estriban en cierto modo en haber corrido en el correcto sentido de la historia monetaria⁴⁵”.

Nosotros consideramos que la tarjeta de crédito como una inventiva más de las necesidades humanas, debe adecuarse a los lineamientos propios del Derecho. Teniendo en cuenta que cada vez las instituciones sociales, económicas y políticas deben adecuarse a las nuevas necesidades de las comunidades humanas.

Por consiguiente no creemos que dicho figura venga a desplazar al dinero y demás títulos valores o de crédito, si no mas bien a convivir con ellos, para otorgarle un abanico de posibilidades a los sujetos dentro de una sociedad de consumo, como en la que se vive en la actualidad. Tampoco creemos que la misma sea el último peldaño de los medios

⁴³ Idem.

⁴⁴ Chabrier Pratick G. Les cartes de crédit. Paris, Libraries Techniques, 1968. EN: Roberto A. Muguillo. Tarjetas de Crédito. 2da. ed. Bs. As. Editorial Astrea. p 3.

⁴⁵ Chabrier, Les cartes de crédit, p. 121. En igual sentido hacia el año de 1966, George Mitchell, gobernador de la Federal Reserve Board de Estados Unidos de América, declaraba que en un futuro próximo desaparecerá el empleo de cheques del modo en que lo conocemos.

intermediarios de adquisición de bienes o de servicios, ya que cada día la tecnología y las necesidades financieras y económicas van creando nuevas formas o sistemas de crédito al alcance de las personas⁴⁶.

Las exigencias del moderno tráfico en masa y de la concentración de las leyes de uniformidad y repetición que responden a las necesidades de racionalización impuestas por la civilización industrial y urbana, con sus relaciones de velocidad y precisión, han traído, como sabemos, la estandarización de las relaciones contractuales. Tan claro pensamiento nos exime de mayores apreciaciones restando agregar que en este proceso han surgido las técnicas modernas de los contratos tipos, abiertos, preparatorios, etc.

El derecho en la búsqueda de nuevas formas de contratación, capaces de satisfacer las nuevas necesidades socio – económicas a reconocido algunas técnicas modernas de contratación, tendientes a garantizar el tráfico de bienes y servicios. Es por esta razón que el derecho debe ajustarse a los hechos, que van más allá que aquél.

2.1.1 – ¿Cómo nace la Tarjeta de crédito?

La tarjeta de crédito surge en los Estados Unidos de Norteamérica a principios de este siglo como un instrumento cuya presentación permite aplazar obligaciones de pago en determinadas transacciones⁴⁷.

Los primeros antecedentes de la Tarjeta actual se remontan al año 1914, en los Estados Unidos. Primeramente es empleada por varias cadenas de hoteles para identificar a clientes preferentes en cualquier punto del país y para pagar sus deudas sin necesidad de hacer efectivo pago alguno en moneda de curso legal⁴⁸.

⁴⁶ Tal es el caso del “dinero electrónico”, en el cual el usuario utiliza una tarjeta magnética o de plástico, donde se encuentra un “integrado” o lo que suele llamarse: “Ship informático”, donde se almacena el número de su cuenta bancaria.

⁴⁷ Carles Barutel Manaut. Las tarjetas de pagos y crédito. España 1997. p. 25 –30. EN: Contrato de uso y emisión de tarjetas de crédito. Monografía por Francis Jeannette Martínez Ruiz, Managua – Nicaragua 1999.

Toma gran auge a mediados de la década de los años veinte, emitida por algunas compañías petrolíferas (Texaco y Standard Oil) y grandes almacenes que la entregaban a sus mejores clientes para la adquisición de productos, como medio de pago de sus compras.

Ya para 1940 se comienza a extender a las compañías de ferrocarril y líneas aéreas, que expedían tarjetas a ciertos usuarios y que funcionaba con similitud de caracteres.

Decae su uso, a causa de la Segunda Guerra Mundial; llegando casi a desaparecer debido a las limitaciones del acceso al crédito durante la economía de guerra, la tarjeta de crédito se utilizaba solamente en los mercados estadounidenses y prácticamente era desconocida fuera de los Estados Unidos, teniendo un carácter bilateral mediando entre los empresarios que vendían bienes o prestaban servicios. El cliente abonaba mensualmente el importe de la liquidación o bien satisfacía unas cuotas periódicas pre – establecidas en un contrato⁴⁹.

En 1949, iniciando la segunda etapa de adultez del sistema, hace su ingreso en el mercado norteamericano la primera empresa emisora de *credit cards* o tarjetas de crédito como objetivo propio y específico de la empresa, dando nacimiento a lo que ya podemos considerar genéricamente como la faz pluralista o multiforme de la figura. Aparece por primera vez su uso con carácter trilateral (Emisor – Usuario – Comercio adherido).

El emisor se convierte en una compañía especializada en la emisión y administración de tarjetas de una denominada marca.

La empresa emisora especializada de tarjetas fue *Diners Club*, pero solo las emitía para limitados rubros, poco a poco el lanzamiento al mercado fue extendiéndose a un

⁴⁸ Santiago J. Bullrich. La tarjeta de crédito Bs. As. Editorial Abeledo – Perrot, 1971. p. 9., dice que nació como un destello de talento de un millonario norteamericano que accidentalmente se asomó a la angustia que nos acomete cuando en el momento de tener que pagar algo, advertimos que se ha perdido nuestra billetera. No hemos podido confirmar el caso ni el autor cita documento alguno que lo respalde. No obstante cabe destacar que otros autores como Sarmiento Ricarte, dan similar pauta de origen, pero situándolo en Europa (Francia e Inglaterra).

⁴⁹ Roberto A. Muguillo. Tarjeta de Crédito. 2da. Edición. Bs. As., Editorial Astrea, 1994. p. 5.

amplio espectro de compras hasta hacer prácticamente admitida como una forma usual de adquisición de bienes y servicios. Estos se extendieron a nivel internacional cubriendo su utilización otros rubros tales como diversiones, viajes y turismo.

Posteriormente una compañía prestataria de servicios de turismo se lanzó así mismo a incorporar el nuevo sistema de operar con tarjetas. *American Express Company*, la cual se dedicaba exclusivamente con agencias de viajes y emitía cheques de viajero, crea en 1958 su propia marca de tarjeta dentro de la línea de *Travel and Entertainment*. Posteriormente le seguirían, *Carte Blanche*, creada en 1959, por la cadena hotelera Hilton.

American Express destaca un desarrollo para el titular de la tarjeta que al viajar al extranjero, especialmente a Europa, hiciera uso de la tarjeta de una forma preferencial donde los establecimientos adheridos les daban oportunidad a los titulares de un trato especial, como: descuentos en compras y facilidad de pago mensual en cuotas determinadas y no de forma inmediata⁵⁰.

A su vez los bancos norteamericanos se abrieron al mercado. El primero en emitir una tarjeta utilizable por clientes de otras instituciones financieras fue el Franklin National Bank of New York, siendo de las más famosas de esta etapa la *BankAmericard*, emitida por el Bank of America. Sin embargo, muchos bancos sufrieron grandes pérdidas en la aplicación del sistema, a tal punto que la mayoría optó por retirar de circulación las tarjetas⁵¹. Así el Chase Manhattan Bank, y el Girard Trust Bank of Philadelphia, luego de

⁵⁰ Santiago J. Bullrich. La tarjeta de crédito. Bs. As. Editorial Abeledo – Perrot, 1974. p. 15.

⁵¹ Conf. Business Week, USA del 7/12/68; algunos bancos remitieron tarjetas a sus clientes sin solicitarlo éstos a fin de fomentar su uso y acelerar el desarrollo de su propio sistema. Sin embargo, algunos clientes protestaron cuando se produjo el debito por sus compras, entendiéndose por diversas Cortes del circuito federal que no correspondía efectuar tal debito, si el cliente no había requerido la utilización de la tarjeta, pudiéndose entender ello como un presente por buena clientela para desgracia de aquellos bancos emisores. Esto fue el origen de algunas disposiciones estatales y federales que determinan que sólo se podrá emitir una tarjeta de crédito contra una petición escrita o una aplicación firmada en tal sentido por el interesado (Conf. New York General Business Law, Art. 24 – A y resolución del Board of Governors de la Federal Reserve System – circulares de abril de 1979).

ingresar al sistema terminaron transfiriéndolo hacia 1962, ante la imposibilidad de generar un volumen operativo de envergadura⁵².

Con el desarrollo del sistema también proliferó el fraude, el uso fraudulento de la misma, compra con tarjetas adulteradas y robadas, etcétera. Pero en líneas generales la tarjeta se iba imponiendo y las experiencias negativas se utilizaron positivamente. Para el año de 1968 más de 627 bancos sin mencionar a las entidades financieras y sociedades especializadas en emitir dichas tarjetas adoptaron la misma como expresión de una administración moderna y audaz⁵³.

En lo que respecta a Europa, los países del viejo continente fueron reacios a la admisión del sistema de tarjetas de crédito y su incorporación fue mucho más lenta y trabajosa. En Gran Bretaña el usuario del *BankAmericard*, es el Barclay Bank, con 1.200.000 titulares y 50.000 comercios adheridos. En Francia, la *Diners Club* y la *American Express*, propiciaron el uso de las tarjetas junto al Rothschild Banque, al que le siguieron seis bancos más (Banque National de Paris, Credit Lyonnais, Société Générale, Credit Commercial de France, Credit du Nord y Credit Industriel et Commercial). El grupo Rothschild emitió una tarjeta que denominó *Carte Bleu* con más de 300.000 titulares.

Fue un común denominador en el viejo continente la carencia de una normativa legal del instituto durante un largo lapso de su incorporación al uso corriente en el comercio. En general se aplicaron a las mismas y a las relaciones por ella creadas, las normas comerciales y civiles contenidas en los Códigos, por la vía análoga⁵⁴.

⁵² The New York Times, Julio 28, 1968; International Management, Junio 1968.

⁵³ El banco ha sido incorporado como administrador de tarjetas, y en algunos países garantiza el pago de sus mejores clientes frente a la empresa emisora de la tarjeta.

⁵⁴ Dinnage, The United Kingdom Competition Act 1980, En: European Intellectual Property Review, vol. 2 mayo de 1980, p. 157. EN: Roberto A. Muguillo. Tarjetas de crédito. p. 10.

En la América latina, particularmente en Argentina⁵⁵, el sistema encuentra su incursión con la *Diners Club Argentina SA*, a fines de los años 60. Solo a partir de 1975 se considera que la plaza argentina comienza a tener desarrollo, destacándose conocidas tarjetas como Visa, American Express, MasterCard, y otras por medio de organizaciones locales como PrevenCard, LuroCard. Posteriormente se desarrollan, en el país suramericano las llamadas “tarjetas bancarias”, como la London Card del Banco de Londres y América del Sud (del grupo Lloyds Bank) y otras. En dicho país, también se encuentra una orfandad de regulaciones específicas del instituto. El número de clientes tuvo un período de estabilización hasta mediados de la década del 80. En la actualidad toda la red bancaria argentina ha ingresado al sistema de tarjetas de crédito, vía acuerdo de licencias o franquicias.

“*Visa Argentina* opera en el país desde 1975. *American Express Argentina SA* ingresa en la plaza argentina en 1979, cuenta con más de 100.000 usuarios y 35.000 entidades adheridas. Argencard SA – MasterCard contaba en 1985 con más de 250.000 usuarios y 60.000 comercios adheridos. PrevenCard y LuroCard ambas tarjetas emitidas por sociedades nacionales tienen un alto grado de aceptación en la sociedad⁵⁶”.

2.1.2 – La tarjeta de crédito en Nicaragua

A fines de 1973, Crédito, S.A. una empresa nicaragüense dedicada al manejo de una tarjeta de crédito nacional (CREDOMATIC) la cual representa a Nicaragua Master Charge, contaba con 185 establecimientos afiliados, de los cuales el 80% aproximadamente estaban ubicados en la ciudad capital y el resto en algunas de las principales ciudades del país, tales como: León, Chinandega, Matagalpa y Granada.

Una nueva administración, deseosa de ampliar rápidamente sus servicios, había iniciado gestiones tendientes a lograr la representación exclusiva de la tarjeta de crédito de circulación internacional conocida como Master Charge. Resultó que uno de los requisitos

⁵⁵ Diners Club Argentina SA, pionera desde 1960, contaba en 1984 con una plaza de 150.000 usuarios y más de 40.000 comercios adheridos. Roberto A. Muguillo. Tarjetas de crédito. p. 10.

⁵⁶ Diario “La Prensa”, 11/5/84, p. 8 EN: Roberto A. Muguillo. Tarjetas de crédito. p. 11.

básicos para que Crédito S.A pudiera llegar a considerarse como posible representante de Master Charge, era que contará con un mínimo de quinientos (500) establecimientos afiliados y cinco mil (5,000) tarjeta habientes. Se inició un acelerado crecimiento que colocó a Crédito S.A. en una posición tal, que a mediados de 1974 existía un total de seis mil quinientas (6,500) cuentas con casi ocho mil quinientos (8,500) tarjeta habientes y el número de establecimientos afiliados había ascendido a seiscientos cincuenta y ocho (658) aproximadamente. Dichas cuentas se subdividían en empresariales y personales, siendo éstas últimas las más numerosas⁵⁷.

Podemos afirmar que en Nicaragua este novedoso y complejo instrumento de pago ingresa en el año de 1971 a través de la franquicia VISA, siguiéndole los pasos Credomatic y Diners Club, las cuales se constituyen como personas jurídicas de derecho, tal como hasta ahora se les conoce en el mercado nacional e incluso regional.

A su aparición estas tarjetas no tuvieron mucha aceptación entre el público nicaragüense, debido, entre otras cosas, a la poca publicidad que se les otorgó; y a la costumbre que tenían los nicaragüenses de pagar en efectivo, y al flujo comercial de la época que era muy lento debido a los ingresos de la población.

Dichas tarjetas fueron promovidas por grupos financieros bien definidos. Así tenemos que la tarjeta de crédito Cred – o – matic fue promovida por el grupo económico denominado Banco de América; mientras que Diners Club pertenecía al grupo BANIC. Además de éstos grupos bancarios, en la Managua de 1972 existieron grandes almacenes y restaurantes, tales como Sears, Almacén Dreyfus y el Restaurante Los Ranchos, que implementaron su propio sistema de tarjetas de crédito⁵⁸.

Durante el periodo comprendido de 1978 – 1988 que estuvo marcado por un clima de guerra y por una economía estatal dirigida por el partido sandinista, quien estaba al

⁵⁷ Entrevista. Lic. Christian Santamaría. INTERBANK CARD; Realizada por: Francis Jeannette Martínez Ruiz. Contrato de uso y emisión de tarjeta de crédito. – monografía. Managua, Nicaragua 1999.

⁵⁸ La Tarjeta de Crédito en Nicaragua – Monografía elaborada por: Juan Abel López Romero. Junio 2000.

frente del gobierno, el país se enfrentó a una economía limitada, que hizo casi imposible la expansión de las tarjetas de crédito. Debido a este fenómeno, Diners Club cerró operaciones en Nicaragua, constituyéndose en la primera empresa en marcharse de Nicaragua.

Producto de la política de centralización del gobierno sandinista, se creó en 1980 una sola empresa que abarcaba a todas las tarjetas, la que se denominó Tarjeta de Crédito de Nicaragua S.A. (TACRESA) la cual no resultó, pues equivocadamente se le pretendió afectar con la nacionalización de la banca. A esta situación se opusieron las emisoras internacionales, desapareciendo prácticamente las tarjetas de crédito durante este periodo⁵⁹.

Para el año de 1980, las únicas empresas que quedaban en el país como emisoras de tarjetas de crédito eran: Cred – o – matic (con la representación de Master Charge) y Dinners Club, ya que VISA había quedado recuperando cartera y American Express se retiraría pronto del mercado nicaragüense, siendo la causa principal de este retiro el hecho de exigir el pago en dólares.

En el caso de Dinners Club, el derecho de franquicia se pagó por una sola vez al inicio y hasta la fecha de la guerra de liberación, pagaban como regalía el 0.4%, calculado sobre las facturaciones totales efectuadas en Nicaragua. Lo único que pagaban era una comisión de 2.25% sobre las facturas de extranjeros que utilizan su tarjeta en nuestro país. Sin embargo dicha comisión era deducida del reembolso que del exterior le hacían a Dinners Club en Nicaragua. O sea que en ese entonces, bajo ningún concepto, efectuaban egresos reales al exterior. Durante los primeros meses de 1980 percibían del extranjero un promedio de US \$ 9.500 mensuales en concepto de reembolso por facturaciones de visitantes que hacían uso de la tarjeta en nuestro país.

En el caso de Cred – o – matic también se paga dicha comisión, pero ésta es de apenas el 1%. No pagaban ningún tipo de “royalty”, sino una cuota anual de US \$ 1.000 en

⁵⁹ La Tarjeta de Crédito en Nicaragua – Monografía elaborada por: Juan Abel López Romero. Junio 2000.

concepto de servicios (listado de tarjetas suspendidas y operación de una especie de cámara de compensación para las facturas de los países involucrados, que en aquellas condiciones y circunstancias Nicaragua sólo recibía créditos). En cuanto a los ingresos por reembolsos de facturaciones de clientes extranjeros, éstos rodaban por el orden de US \$ 15.000 mensuales, incluyendo a Cred – o – matic y Master Charge.

En el caso de los establecimientos afiliados estos eran principalmente comerciales, como por ejemplo, restaurantes, hoteles, y empresas de servicios. El número de ellos se había reducido considerablemente; en el caso de Dinners Club éste había pasado de 3.190 antes de la insurrección, a sólo 2.060 en el mes de mayo del año 1980.

Dentro del sistema de las tarjetas de crédito, la relación de los establecimientos afiliados era, por un lado, con los tarjeta – habientes, quienes pagaban firmando, tal como si fuera en efectivo, y por otro lado con las empresas administradoras de las tarjetas, quienes reembolsan a los afiliados cobrándoles una comisión de descuento (*Ver Flujograma del Financiamiento de las Tarjetas de Crédito en Anexo I*). Esta comisión que antes oscilaba entre 6 y el 10 %, dependiendo del tipo de establecimiento, para el año de 1980 se había reducido a los siguientes niveles:

Cuadro N° 1

| | |
|---|---------|
| Almacenes Comerciales, Restaurantes y Hoteles | 6 – 8 % |
| Líneas Aéreas y Empresas de Servicios | 4 – 6 % |
| Supermercados del Pueblo | 3 – 5 % |
| Gasolineras | 2 – 5 % |

En lo que respecta a la forma de pago, difiere entre el sistema de American Express y el de las otras tarjetas. Para el caso concreto de Dinners Club y Cred – o – matic, el tarjeta – habiente recibía su estado de cuenta mes a mes y tenía la opción de cancelar el 100% del saldo, evitándose de esta manera el pago de intereses; efectuar un pago mínimo que es de C\$ 90 o el 5% del saldo, cualquiera que fuere mayor, o pagar cualquier suma comprendida entre el mínimo y el saldo total.

En ese entonces se tenía la opción de hacer el pago diferido, el tarjeta – habiente se ve obligado a soportar una carga financiera relativamente alta; estas compañías cobran una tasa de interés del 1.5% sobre saldo diario mensual, más el 0.5% de comisión mensual por servicios (American Express no cobraba esta comisión), representando de esta manera una carga del 2% mensual. Si se producen retrasos en los pagos, existe cobro de intereses moratorios sobre el monto vencido, que generalmente representan un punto porcentual adicional (en American Express era de 1.5% adicional). A todo lo anterior hay que agregarle una cuota anual que cubre el valor y derecho de poseer la tarjeta.

Los usuarios podían utilizar su tarjeta en cualquiera de los establecimientos afiliados, previa confirmación de no estar incluidos en la lista de tarjetas suspendidas temporalmente. Pero cuando la facturación excede de C\$ 1.000, se necesita confirmación de la compañía administradora de la tarjeta.

Además de consumir bienes y servicios, los tarjeta – habientes podían retirar dinero en efectivo, hasta un 50% del crédito disponible.

Los poseedores de tarjeta Cred – o – matic pueden efectuar dichos retiros en cualquiera de las sucursales del Banco de América cobrándoseles – una comisión por adelantado del 4%. Respecto a Diners Club, esta modalidad se encuentra restringida; se concede únicamente en casos especiales, la comisión cobrada es del 5.17% y los retiros deben efectuarse en las oficinas de la compañía.

Otro dato que no pude omitirse es que a principios de 1980, Diners Club y Cred – o – matic venían adoptando una modalidad consistente en que cuando ciertos clientes se excedían del límite autorizado, se les daba un crédito por el monto total a un plazo máximo de 36 meses, pagadero en cuotas niveladas (en otras palabras, era un préstamo personal) y de esta manera “limpiaban” la tarjeta para ser usada nuevamente.

En lo referente a la situación financiera de Cred – o – matic, Dinners Club y VISA por ser estas afiliadas y regidas por Bancos nicaragüenses, a través de un breve análisis del Balance General y Estado de Resultado al 31 de Diciembre de 1979, se puede observar que estas presentan una cartera semi – saneada de C\$ 48.9 millones que representaban el 89.7% de sus activos totales, siendo esto una característica típica de las empresas de servicios (**Ver Estado de Resultado acumulados a diciembre 1979 en Anexo 2**)

Se indica que los saldos de colocaciones están semi – saneados porque únicamente Cred – o – matic, efectuó reservas para cuotas incobrables, a instancia de los auditores externos, hecho que es visible y reflejado en una reducción del 46.8% de los saldos de la cartera total, mientras que las colocaciones de Dinners Club y VISA apenas fueron afectadas por provisión de cuentas malas con decremento de 8.3% y 7.1% respectivamente, siendo comentario de los responsables de dichas instituciones que deberían de sanearse en base a un análisis muestral que ha efectuado, en un 20% en Dinners lo que de inmediato lo haría quedar con un capital negativo, mientras que el de VISA estima que apenas se podría recuperar de la cartera total C\$ 3 millones o sea significa sanear el 62.1% de sus colocaciones, lo cual impactaría en una forma significativa el capital contable que a Mayo de 1980 ya es negativo.

En los pasivos de estas empresas se puede observar que son en deberle al Sistema Financiero Nacional de ese entonces, C\$ 33.4 millones que significan el 73.6% de sus pasivos totales; y distribuido en el 67.7% (C\$ 22 millones) al sistema bancario y el 32.3% (C\$ 10.7 millones) a otras instituciones del Sistema Financiero.

El capital durante 1979, se vio reducido en C\$ 15.4 millones o sea un decremento relativo del 33.9% afectado básicamente por saneamiento de la cartera de Cred – o – matic.

En términos globales presentan ingresos de operación del orden de los C\$ 25.3 millones de los cuales corresponden el 82.2% a Cred – o – matic y el resto es distribuido equivalentemente entre Dinners y VISA.

Respecto a los egresos totales estos ascendieron a C\$ 46.8 millones con una participación equivalente a la anterior; de esos gastos se destacan C\$ 27.2 millones (58.1%) por imputación contable de cartera dudosa de recuperación, el resto corresponde a gastos ordinarios de la operación del negocio.

La empresa ACREDITA que representa a la tarjeta VISA, desde el triunfo de la insurrección se declaró en quiebra técnica, se canceló el royalty de VISA en los Estados Unidos de América. También se señala que fue defraudada en C\$ 2.0 millones por el Gerente anterior y este monto está incluido en la cartera; esto representa el 25.0% de las colocaciones; en cuanto a los pasivos se señala el adeudo de C\$ 7.9 millones que proviene de un sobregiro en cuenta corriente con el Banco de Centroamérica, al 31 de Mayo de 1980 presenta una pérdida de C\$ 3.9 millones, en vista de lo anterior fue recomendable su pronta liquidación.

La empresa Cred – o – matic para comienzos de 1980, había reducido su número de tarjetas en el 75.0% y para esa fecha se encontraba operando con pérdidas por o estar utilizando su capacidad instalada. Su cobertura de almacenes afiliados se había reducido considerablemente por ende sus facturaciones mensuales fueron en deceso. Sin embargo en los meses de mayo y junio se denotó una mejoría en el uso y crecimiento de la misma. Esta empresa de no haber saneado cartera hubiera presentado ganancias de 6.4 millones o sea una rentabilidad comercial del 30.7% anual que es bien significativo.

La empresa Dinners Club a Junio de 1980 presentaba una reducción de tarjetas del 35.4% no tan relevante como la caída de Cred – o – matic, su cartera a diciembre de 1979 es más sana en términos relativos a Cred – o – matic y VISA; la cobertura de almacenes afiliados se había incrementado en un 55%; en cuanto a su rentabilidad comercial en 1979 ésta alcanza el 3.3% la cual es afectada por el volumen de los Gastos Generales y Administrativos que es 2.5 veces mayores respecto a la relación Gastos Generales / Cartera de VISA y Cred – o – matic.

En lo que se refiere a la Composición Social del Capital, a comienzos de 1980, podemos decir que, en el caso de Dinners Club que era una sociedad anónima perteneciente en su mayor parte al Grupo Banic, habiéndose pagado la franquicia de uso por una sola vez. El capital social era 100% nicaragüense distribuido de la siguiente forma:

Cuadro N° 2

| | |
|--------------|-------------|
| BANIC | 70 % |
| INDESA | 15 % |
| INISER | 15 % |
| Total | 100% |

En lo que respecta a la situación de Cred – o – matic, esta empresa era una sociedad anónima perteneciente en un alto porcentaje al grupo del Banco de América. El capital social es 100% nicaragüense distribuido así:

Cuadro N° 3

| | |
|--------------------------|--------------|
| BANCO DE AMERICA | 83 % |
| ACCIONES CONFISCADAS | 3 % |
| ACCIONES DE PARTICULARES | 14 % |
| Total | 100 % |

Al igual que las anteriores, ACREDITA (VISA) era una sociedad anónima perteneciente al grupo del Banco de Centroamérica. El capital social era 100% nicaragüense distribuido de la siguiente forma⁶⁰:

⁶⁰ Consejo Superior del Sistema Financiero Nacional. Situación de la Tarjeta de Crédito en Nicaragua 1980.
Gonzalo F. Zamora Morales
Héctor R. López Toruño

Cuadro N° 4

| | |
|-------------------------------|----------------|
| BANCO DE CENTROAMÉRICA | 21.6 % |
| INTERFINANCIERA | 17.1 % |
| LA CAPITAL (INISER) | 10.4 % |
| ACCIONES CONFISCADAS | 50.8 % |
| ACCIONES DE PARTICULARES | .1 % |
| Total | 100.0 % |

Aproximadamente hace quince años, en Nicaragua se suspendió la emisión de tarjetas de crédito o de pago ya que los bancos eran propiedad del Estado y no tenían suficientes fondos para brindar créditos, por lo tanto no existía la facilidad que actualmente se tiene para solicitar créditos en bancos privados siempre y cuando las personas cumplan con ciertos requisitos que el banco pide⁶¹.

Fue hasta 1990, cuando vuelve a iniciarse el auge y desarrollo de la tarjeta de crédito en todo el país. Dichas tarjetas son utilizadas actualmente por personas naturales como jurídicas, lo que ha redundado en la reactivación del comercio (*Ver Flujograma del Financiamiento de las Tarjetas de Crédito, Nicaragua 1998 en Anexo 3*)

Hoy en día, si bien se mantiene vigente y con éxito en el mercado la primigenia concepción del negocio, los bancos han desarrollado en cierta escala el producto de la tarjeta de crédito y se han trazados ambiciosas metas de captación de clientes, pudiéndose apreciar entre otras tarjetas bancarias las emitidas por el Banco de la Producción (Bampro – VISA), el Banco Mercantil, el Banco de la Exportación (Banexpo – Unicard), el Banco del Café (Bancard), el Banco Nicaragüense de Industria y Comercio (Banicar), Bancentro, Interbank (Interbank – card), el Banco de Finanzas (BDF) e INTERFIN hoy llamada CONFIA.

⁶¹ Entrevista. Lic. Christian Santamaría. INTERBANK CARD; Realizada por: Francis Jeannette Martínez Ruiz. Contrato de uso y emisión de tarjeta de crédito. – monografía. Managua, Nicaragua 1999.

Igualmente existen otros Bancos como son: Pribanco, Banco de América (BAC) y el Caley – Dagnall, que poseen sus propias líneas de tarjetas⁶².

En la década de los noventas las disposiciones legales que se pueden señalar como punto de partida hacia una regulación más concreta son las siguientes:

El art. 1 de la Ley 182, Ley de Defensa de los consumidores el cual dice: *“la presente Ley tiene por objeto garantizar a los consumidores la adquisición de bienes o servicios de la mejor calidad, en sus relaciones comerciales, mediante un trato amable, justo y equitativo de parte de las empresas públicas o privadas, individuales o colectivas”*.

El art. 47 inciso 6) de la Ley 314, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, aduce que: *los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones:*

6. Emitir o administrar medios de pago tales como las tarjetas de crédito, tarjetas de debito y cheques de viajero.

Como podemos observar en cada una de estas etapas del desarrollo de dicha figura se carece en sus comienzos de una regulación específica que norme el funcionamiento de la Tarjeta de Crédito, debido a que los cambios que se producen en la sociedad ocurren de forma más rápida que la ciencia del derecho, la cual viene detrás a propiciar la regulación debida.

⁶² La Tarjeta de Crédito en Nicaragua – Monografía elaborada por: Juan Abel López Romero. Junio 2000.
Gonzalo F. Zamora Morales
Héctor R. López Toruño

Capítulo III. Generalidades

3.1 Concepto de Tarjeta de Crédito

Al comenzar este capítulo cabe preguntarnos, lo siguiente: Qué es una tarjeta de crédito?. A dicha pregunta cabe decir, de antemano, que además de la tarjeta de crédito existen diversas relaciones jurídicas entre varios sujetos o entidades financieras y comerciales o entidades específicas, las cuales emiten a favor de sus clientes tarjetas, la mayoría de las veces de plástico, en las que consta un número visible y detectable electrónicamente, el nombre del emisor y del cliente y la firma de éste. Pueden tener varios colores de acuerdo con el tipo de crédito o garantía que otorguen o con el monto del mismo.

La tarjeta de crédito es el documento emitido por una entidad mercantil de carácter general o especializada en este tipo de negocios, mediante la cual una persona, llamada titular, puede obtener una serie de prestaciones a crédito, del propio emisor o de otras empresas relacionadas con éste, en vez de pagar su importe con dinero o cheque⁶³.

También se ha dicho que es un instrumento de identificación, cuya posesión habilita a su titular a utilizar el crédito abierto a su favor por el banco emisor mediante una apertura de crédito⁶⁴.

La tarjeta de crédito es un documento nominativo de legitimación, destinado a permitir al titular beneficiarse de las facilidades de pago pactadas por el emisor y entre éste y el proveedor⁶⁵.

Debemos entender por legitimación el reconocimiento por parte del Sistema de la tarjeta de crédito de los derechos que goza el usuario como titular del dicho instrumento.

⁶³ Ernesto C. Wayar. La Tarjeta, Concepto y caracteres. EN: Rippe Siegber, Responsabilidad derivada del uso de tarjetas de crédito, EN: "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio Alterini". Bs. As., Abeledo – Perrot, 1997.

⁶⁴ Villegas, Tarjetas de Crédito, p. 268.

⁶⁵ Ernesto C. Wayar. Tarjeta de crédito y defensa del usuario. Bs. As. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000, p. 154.

Para Horacio Fargosi⁶⁶, la tarjeta de crédito no es otra cosa que un instrumento de un contrato, es decir, un documento meramente probatorio, que faculta a su titular a pretender la prestación de un comerciante.

También algunos autores como Bullrich⁶⁷ encaran la definición y conceptualiza a la tarjeta de crédito, desde el punto de vista contractual. La caracteriza como el título de identificación y crédito, intransferible, insuficiente e incompleto, necesario para ejecutar el haz de derechos que él mismo tácitamente simboliza. Este autor entiende que la tarjeta es incompleta e insuficiente. Incompleta, porque será necesario remitirse a los documentos complementarios suscriptos con la entidad emisora. Insuficiente, en cuanto a que no basta la exhibición, sino que es necesaria la expresión de voluntad mediante la firma del cupón o factura especial. Intransferible, ya que siendo título identificatorio sólo debe de portarlo el beneficiario.

Para la legislación argentina, en el Art. 4° de la Ley de Tarjeta de Crédito, Ley N° 25.065 Sanción: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B. O. 14/01/99. *Se denomina genéricamente Tarjeta de Crédito al instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor*⁶⁸.

En nuestra legislación se carece de una definición o concepto de Tarjeta de Crédito, es decir no poseemos una definición legal. Pero existe un Anteproyecto de Ley sobre Tarjetas de Crédito, 12 de mayo 1999, que nos brinda un concepto de Tarjeta de crédito, en el Capítulo I que trata de las Tarjetas de crédito en general, artículo 1: *“tarjeta de crédito es el negocio jurídico por el cual, una parte denominada emisor, autoriza a otra denominada titular o usuario, para que obtenga de él o de los proveedores adheridos al sistema, una serie de prestaciones ha cuyo pago ha quedado obligado en primer termino el emisor”*.

⁶⁶ Esquicio sobre las Tarjetas de crédito, LL., 142 – 933. EN: Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan- Tarjetas de Crédito. Bs. As. Editorial: Abeledo – Perrot, 2000. p. 12

⁶⁷ Bullrich Santiago. La Tarjeta de crédito. Bs. As., Abeledo – Perrot, 1971. p. 35.

⁶⁸ Código de Comercio de la República Argentina, Leyes complementarias. 4ta. ed. Bs. As. Ediciones del país, 2002. p. 658.

A nuestro juicio la definición que nos brinda el anteproyecto, es errónea, porque se refiere al contrato de emisión en sí y no al instrumento que legitima a su titular para pertenecer al sistema de tarjeta de crédito. Es importante por tanto, hacer una distinción entre lo que es el contrato de emisión y la tarjeta de crédito, ya que ambos son elementos distintos dentro del sistema de tarjeta de crédito.

De acuerdo con las definiciones precedentes diremos que **la tarjeta de crédito es un instrumento necesario que contiene los datos identificatorios de la persona (llamada usuario titular), que se encuentra legitimada para disponer del crédito que el emisor o la entidad bancaria interviniente le ha concedido durante un plazo determinado.**

La tarjeta de crédito, a nuestro juicio no permite ejecutar una gama de derechos, sino solamente el derecho de crédito abierto a favor del titular en las entidades adheridas al sistema de la respectiva tarjeta.

Partiendo de lo antes expuesto se ha dicho también que la tarjeta de crédito es sólo un documento que permite a su titular obtener bienes o servicios sin tener que realizar su pago inmediato⁶⁹, como también se la ha definido como cualquier tarjeta, placa o elemento similar emitido a favor de un consumidor para permitirle obtener dinero, bienes o servicios a crédito, con extensión o diferimiento de su pago⁷⁰.

Atendiendo todas las definiciones anteriores que hemos plasmado, podemos afirmar que la tarjeta de crédito es un instrumento necesario, porque la tenencia de la misma le sirve al usuario para acceder al comercio adherido sin otro elemento o requisito complementario; la cual contiene datos identificatorios de la persona, o usuario titular, que

⁶⁹ Roberto A. Muguillo. Tarjeta de crédito. Definición. Elementos. Caracteres. EN: Grisoli Ángel. Las cartas de crédito en la práctica mercantil italiana. p. 142 – 923.

⁷⁰ Roberto A. Muguillo. Tarjeta de crédito. Definición. Elementos. Caracteres. EN: Ross Martín J., New Encyclopedic Dictionary of Business Law, New Jersey, Prentice Hall, 1975. p. 121. La definición original es: *Any card, plate or other device issued to a consumer to enable him to obtain money, property or services on credit or an extension or deferral of payment.*

se encuentra legitimada para disponer del crédito que el emisor o la entidad bancaria interviniente le ha concedido durante un plazo determinado.

3.2 Naturaleza Jurídica

Ante todo, cabe formular una advertencia: cuando en esta materia se habla de naturaleza jurídica, es imperioso aclarar cuál es el objeto cuya naturaleza se pretende desentrañar. Esto, porque cuando se examinan las distintas teorías que se han ensayado, se encuentra que algunas de ellas se refieren al conjunto de relaciones que se establecen (sistema), otras se refieren a la tarjeta en sí misma considerada y otras quieren explicar la naturaleza de cada una de las relaciones contractuales involucradas, considerándolas, ya vinculadas entre sí, o separadamente.

Es necesario aclarar de antemano el objeto que se va tratar, porque son cosas distintas.

Una cosa es el sistema entendido como conjunto complejo de contratos individuales que, como tal, tiene su propia naturaleza.

Para Carlos Bollini Shaw⁷¹, *la teoría del corretaje* es un intento de explicar la naturaleza, dado que la entidad emisora actúa como nexo necesario entre comprador y vendedor, acercando la oferta a la demanda, de un contrato de corretaje, aunque con características especiales.

El contrato de corretaje es la operación de mediación en virtud de la cual una persona denominada corredor o intermediario, pone en relación a dos personas entre sí con miras a la celebración de un contrato, haciendo de ello su profesión habitual.

Dicha apreciación análoga es susceptible de varias críticas: por un lado, la sistemática jurídica que reglamenta la función del corredor choca abiertamente con los elementos y las relaciones que atañen a la finalidad de la tarjeta de crédito, e impide su asimilación. En primer lugar el corredor no responde por la

⁷¹ Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan. *Tarjetas de crédito*. Bs. As. Editorial: Abeledo – Perrot, 2000. p. 44. La “teoría del corretaje” es un intento fallido de explicar la naturaleza del sistema, pero como es obvio, no es apta para explicar la naturaleza del contrato de tarjeta de crédito.

solvencia de los contrayentes y no puede garantizar los acuerdos hechos bajo su intervención, circunstancias éstas que hacen a la operatividad de la tarjeta de crédito. Por otro lado, el acento puesto sobre la actividad que presta la entidad emisora hace perder de vista la naturaleza y función que cumplen las relaciones entre esa entidad y los usuarios y proveedores, y más aún, la coordinación y ejecución por medio de la permanente interrelación de usuario – proveedores. Luego el emisor no intermedia entre el titular y el comerciante.

Otra cosa es la tarjeta, que también tiene su propia naturaleza, su finalidad y cumple una función específica.

Se ha utilizado por Fargosi⁷² el concepto de la *asunción privativa de deudas* para explicar la naturaleza jurídica del mecanismo con que opera una de las relaciones con que trabaja el sistema de la tarjeta de crédito. Su enunciación trata de calificar jurídicamente, solo un haz de las relaciones que se crean en la tarjeta de crédito.

En dicha figura no se opera una extinción del crédito primitivo, sino que el “asumiente” se coloca en la posición del deudor originario que queda liberado; lo que acontece, es que sin alterarse el contenido, se cambia la persona del obligado o, si se quiere, la atribución pasiva de la obligación.

Esta concepción analógica que hace el autor es errónea, ya que la entidad emisora, al asumir la deuda, no libera al usuario, quien continúa siempre como responsable. Además al incluirse una financiación se aleja lo que pudiera entenderse como asunción de deuda. Cabe recordar que dicha financiación la produce la entidad emisora a favor del usuario, pero la asunción de deuda de aquella frente al proveedor queda plenamente configurada haya o no financiación de la operación por parte de la empresa emisora en beneficio del usuario.

Por último, cada una de las relaciones contractuales que integran el sistema son especies distintas y, por ende, cada una de ellas tiene su propia naturaleza jurídica, sin que esto desmienta su común pertenencia a un sistema único⁷³.

⁷² Fargosi Horacio P. Esquicio sobre las tarjetas de crédito, LL, 142 – 933. EN: Roberto A. Muguillo. Tarjetas de crédito. 2ª edición. Ediciones: Astrea. 1994. p. 67.

⁷³ Ernesto C. Wayar. El contrato de emisión. En: Pérez – Serrabona Gonzáles – Fernández Fernández. La tarjeta de crédito, p. 63 y siguientes. Los autores tratan por separado la naturaleza de las relaciones emisor – usuario, emisor – proveedor y usuario – proveedor.

3.2.1 Naturaleza Jurídica de la tarjeta de crédito

Con el propósito de explicar la naturaleza de la tarjeta de crédito, se han formulado diversas teorías:

3.2.1.1 – La Tarjeta no es un título de crédito

Cuando se indaga la naturaleza jurídica de la tarjeta considerada en sí misma, lo primero que se debe descartar es que se trata de un título de crédito en sentido estricto, por las razones que seguidamente se exponen:

- a) Porque ha este instrumento le faltan requisitos esenciales para ser un título de crédito.
- b) En general, los títulos de crédito están tipificados por la incorporación del derecho al documento, por ser legitimantes, literales y autónomos. Si bien se puede aceptar que la tarjeta tiene incorporado el derecho de uso del crédito al instrumento mismo, por eso es dispositivo o “necesario” y también se puede aceptar que le da legitimación a su titular; no se puede aceptar, en cambio, que sea literal, ni menos todavía autónomo.
- c) Según la más calificada doctrina, la literalidad de los títulos de crédito significa que el derecho de su titular está recortado, por así decirlo, en el documento, de manera que debe atenerse a lo que allí está expresado (por eso es literal), en lo que se refiere a su naturaleza y cuantía. En el caso de la tarjeta, el derecho incorporado no está expresado literalmente en el instrumento; en rigor, solo constan en él los datos de individualización del usuario y de su cuenta, las fechas de vigencia de la tarjeta, la indicación de la entidad emisora y del banco interviniente.
- d) Como consecuencia de lo anterior, la tarjeta carece de autonomía, es decir, no se basta a sí misma como ocurre con los títulos de crédito o de valor. Al no constar en el instrumento si el crédito que se le ha concedido a su titular

esta vigente, o si por exceso de consumos ha superado el límite de su crédito, el proveedor debe solicitar al ente emisor, autorización para poder concretar la operación y esa autorización será acordada si así lo permiten los términos del contrato de emisión, lo que demuestra que la tarjeta está causalmente vinculada con las cláusulas del contrato del que forma parte, careciendo, por sí sola, de autonomía.

- e) Por último, la tarjeta no es un instrumento susceptible de ser negociado, es decir, no es circulatorio, cualidad que, por regla, caracteriza a los títulos de crédito⁷⁴.

“Al respecto la Sala I del Tribunal de comercio argentino, señala que: si bien la tarjeta de crédito no es un simple documento privado sin valor, tampoco es un título de crédito o de valor con los caracteres propios y tipificantes de estos títulos. Se ha llegado a afirmar que la exhibición de la tarjeta se asimila a la contraseña puesto que la firma inserta en la tarjeta solo esta destinada a que el comerciante controle la rúbrica que el titular debe estampar en los comprobantes de gastos; en suma, la firma del usuario y el temperamento a observar por el comerciante adherido están orientados a la simple comparación por cotejo si hay coincidencia de caracteres entre la firma inserta en la tarjeta de crédito exhibida y la que debe estamparse al materializar la operación de compra⁷⁵.”

3.2.1.2 – La Tarjeta como simple medio de prueba

Para una segunda opinión, la tarjeta no sería nada más que un medio de prueba, asimilable o con rango similar al de una factura comercial⁷⁶.

Pensamos que esta tesis resulta insostenible, porque:

- a) A la pregunta ¿qué es lo que la tarjeta prueba? Se ha dado esta respuesta: prueba la celebración del contrato, o en sentido concordante, se dice que

⁷⁴ Ernesto C. Wayar. Tarjeta de crédito y defensa del usuario. Bs. As. Editorial Astrea, 2000. p. 156.

⁷⁵ CcivCom Blanca, Sala I, 15/2/94, ED, 161 – 239.

⁷⁶ Así lo afirma Muguillo, Tarjeta de Crédito. p. 75, § 23, nota 121.

prueba la existencia del acuerdo. En cualquier caso, entendemos que se afirma que la tarjeta prueba el contrato de emisión.

- b) Pues bien, el contrato de emisión es un contrato formal, de solemnidad relativa, cuya forma impuesta por la ley es la escritura. La formalidad escrita está presente en la solicitud, en el documento que contiene las cláusulas e, incluso, en la misma tarjeta. Como todos los contratos formales, el de emisión no se juzgará probatorio, sino estuviere en la forma prescrita⁷⁷. Quiere decir que siendo formal, es obvio que la tarjeta constituirá una de las formas en que el contrato debe ser probado. Ello, por cuanto la solicitud y las cláusulas, si han sido redactadas en documento separado, también son formas con las que se puede probar el contrato.
- c) Pero que la tarjeta pueda servir de prueba no autoriza a sostener que su naturaleza sea la de simple medio probatorio. La tarjeta es, dentro del sistema al que pertenece mucho más que eso⁷⁸.

“Al respecto Ernesto C. Wayar afirma: bien se ha dicho que la tarjeta de crédito o plástico no es el contrato, aunque sirva como credencial que acredita ante los comercios adheridos, que su titular está adherido al sistema”⁷⁹.

3.2.1.3 – La tarjeta de crédito como Carta de crédito

Parte de la doctrina sostiene que la tarjeta de crédito debía ser considerada como una especie o modalidad de las “cartas de crédito”. Atendiendo a estas como la obligación que el dador de la carta de crédito tiene hacia la persona a cuyo cargo la dio, por la cantidad que hubiese pagado en virtud de ella, no excediéndose de la que se fijó en la misma carta, y por los intereses respectivos contados desde el desembolso⁸⁰.

⁷⁷ Ernesto C. Wayar. El contrato de emisión. EN: López De Zavalía, Teoría. Parte general, § 26.

⁷⁸ Ernesto C. Wayar. El contrato de emisión. EN: CcivCom Córdoba, 22/10/97, LLC, 1998 – 301.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Código de Comercio de la República Argentina. 4º ed. Bs. As. Ediciones del país, 2002. p. 113 Capítulo II, De las cartas de crédito, Art. 486.

Para la legislación argentina, de acuerdo a la Ley de tarjetas de crédito, Ley N° 25.065, en su Art. 4° ya no cabe la apuntada asimilación con las cartas de crédito, ya que dicha ley la regula como un instrumento, a su vez, por conjuntos de contratos de diversa naturaleza. Ello sin perjuicio de que las normas del Código de Comercio conserven el carácter de legislación supletoria.

Para Carlos Gilberto Villegas, la tarjeta de crédito en la Argentina, según el concepto dado en el arto. 4° de la ley de tarjetas de crédito, no pueden ser un título valor ni mucho menos un título cambiario, porque no contienen una promesa de pago de ninguna suma de dinero y además carecen de las características de ser transferibles.

Sigue apuntando el autor que más bien, es un documento de legitimación, ya que se trata de un documento de identificación personal e intransferible. Se trata de un título de legitimación o impropio, que permite realizar algunas operaciones, como por ejemplo de compra de productos, bienes o servicios, ante comercios adheridos al respectivo sistema emisor de las mismas, o bien efectuar extracciones de dinero en cajeros automáticos adheridos al sistema⁸¹.

Para los bancos e instituciones financieras en la Argentina, la tarjeta de crédito la califican como instrumento financiero o instrumento de crédito. Es un documento nominativo, extendido a nombre del usuario e intransferible, y solo el nominado puede realizar compras y pagos utilizando el plástico.

La tenencia de la tarjeta confiere el derecho a utilizar la línea de crédito otorgada por el emisor, por ello se califica a la tarjeta como un instrumento financiero.

⁸¹ Carlos Alberto Villegas. Tarjeta de crédito, Ley N° 25.065. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999. p. 267.

Por consiguiente serán obligaciones básicas de todo usuario o tenedor de la tarjeta de crédito su guarda, así como la de impedir su uso por terceras personas⁸².

Según nuestra opinión, debemos partir primero, de que **la tarjeta de crédito debe reconocérsele que, por naturaleza, es un instrumento de identificación, de carácter legitimante, intransferible y dispositivo, o sea necesario. Se trata de un instrumento que identifica a su titular, y es necesario, aunque insuficiente e incompleto, para usar el crédito contenido en él.**

Debe entenderse como instrumento de identificación por el hecho de que identifica al titular de la tarjeta frente al comercio adherido, y a su vez como elemento del sistema de tarjetas de crédito. Es importante señalar que la tarjeta de crédito no puede ser entendida como instrumento de identificación general, como lo sería la cédula de identidad, el pasaporte, o cualquier otro instrumento o documento de identidad nacional, sino que se limita para efectos del sistema de tarjeta de crédito.

Es un **instrumento de identificación del usuario**. En cuanto tal, y por fuerza, es intransferible, pues solo sirve para identificar al usuario. Si el titular decide autorizar a otras personas a utilizar su cuenta, a cada uno de los autorizados se les debe emitir un instrumento identificatorio con el nombre y los datos del autorizado, de suerte que no hay transferencia, sino extensión del crédito pactado en el Contrato. Además, legitima a su titular.

Es **necesario y dispositivo**, porque sin el instrumento el usuario queda virtualmente fuera del sistema, como ocurre en los casos de robo, o pérdida, y ello, aunque tenga derecho a la reposición de la tarjeta.

⁸² Carlos Gilberto Villegas. Tarjetas de Crédito. EN: Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad bancaria, t. II, n° 239, p. 942.

Consideramos que es acertada esta naturaleza, y por ello nos adherimos a la misma, con la salvedad de que existen otras teorías que la observan como, *título de identificación y crédito, intransferible, insuficiente e incompleto, necesario para ejecutar toda una gama de derechos que el mismo tácitamente simboliza*; por consiguiente representa un título de crédito impropio o de legitimación. Tal es el caso de Bullrich⁸³, según este autor la naturaleza jurídica de la tarjeta es un título de identificación y crédito, intransferible, insuficiente e incompleto, necesario para ejecutar el haz de derechos que el mismo tácitamente simboliza.

Los caracteres de identificación, crédito, e intransferibilidad son fácilmente comprensibles.

En cuanto a los otros aspectos, según este autor la tarjeta es: “insuficiente”, porque no basta su exhibición para efectivizar el crédito abierto a su favor, sino que necesita el concurso de su firma; es “incompleta”, porque su mismo texto se remite a las constancias de los contratos que le dan origen, y agrega que es un “documento constitutivo”, porque es necesario para que nazca la relación entre emisor – usuario, y “dispositivo”, pues es necesaria su disposición cada vez que se desee hacer uso del crédito, puesto que hay que exhibirla.

Si nos fijamos bien, la cantidad de características que tiene la tarjeta es amplia, y de ahí lo dificultoso de un encuadramiento jurídico adecuado.

Nosotros **no creemos que se le pueda calificar como título de crédito, ya que le falta entre otras, la calidad de negociabilidad**, entendida como aptitud para hacer circular los derechos incorporados en el documento.

⁸³ Bullrich Santiago. La Tarjeta de crédito. Bs. As., Abeledo – Perrot, 1971. p. 35.

Para algunos autores la tarjeta no es “insuficiente” e “incompleta”, ya que el instrumento es suficiente en sí mismo, puesto que la calificación que se hace de insuficiente, conlleva la identificación de título con “uso del título”. El instrumento es suficiente y completo por sí mismo, no siendo indispensable su exhibición para el ejercicio de los derechos que confiere. Por ejemplo en las compras por correo, por catálogo, vía correo electrónico, o e – mail, etc., es indispensable su exhibición, basta colocar la identificación del usuario y firmar el respectivo cupón, o dar el número de la misma para hacer la transacción comercial deseada.

Por consiguiente, para nosotros la naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito propiamente dicha **es un elemento de identificación; constitutivo del derecho que su usuario podrá ejercer frente a todo proveedor adherido al sistema y ante la emisora por el crédito conferido; dispositivo y necesario por ser su titularidad requisito indispensable para ejercer aquellos derechos.**

También podríamos decir que **cumple una función probatoria, pero sólo del acuerdo.** Es decir un **simple elemento probatorio de que existe un acuerdo previo a la emisión de la tarjeta y constitutivo del derecho del usuario a utilizarlo como medio de pago dentro del sistema.** Mas no, un elemento de prueba, como lo sería una factura comercial, conformando un instrumento particular.

Para Daniel Reynoso⁸⁴, la tarjeta de crédito no es causa jurídica, no genera derechos ni obligaciones sino que es en sí un efecto o consecuencia jurídica cuya causa es un contrato.

La tarjeta sirve para identificar rápida y sencillamente a quien ha sido incorporado como usuario a un sistema de tarjeta de crédito mediante un contrato con el emisor de la tarjeta.

⁸⁴ Daniel Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Bs. As. Editorial Depalma, 2000. p. 190, 192.

Para el citado autor el modo de definir la tarjeta de crédito y evidenciar su valor y utilidad es describiendo sus múltiples funciones, como por ejemplo, la identificatoria, la operativa, simbólica y económica.

3.3 – Naturaleza Jurídica del Contrato de tarjeta de crédito o de emisión

La doctrina ha tratado de esbozar explicaciones que pudieran desentrañar la naturaleza jurídica del contrato, explicaciones que, o muestran una sola faz del negocio o son insuficientes para caracterizar este fenómeno de la moderna contratación mercantil.⁸⁵

Al respecto autores como Muñoz y Cogorno, definen a la tarjeta de crédito como un contrato complejo y de características propias, que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una entidad financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo, mediante la promesa previa formulada a la entidad emisora de abonar el precio de sus compras en un plazo dado por está última, la que se hará cargo de la deuda abonando inmediatamente el importe al vendedor, previa deducción de las comisiones que hayan estipulado entre ambos por acercamiento de las demandas⁸⁶.

Sin entrar en mayores disquisiciones, **diremos que el contrato de emisión es una especie particularizada del género: contrato de crédito**. Para probarlo veamos primero qué es el contrato de crédito y cuales son sus especies, para luego verificar si el contrato que aquí consideramos está comprendido en ellas.

“Se estima que esta es la opinión mayoritaria que, si bien con matices de distinto tenor, acepta que en la relación entidad emisora – usuario queda establecido un contrato de crédito⁸⁷”.

⁸⁵ Cazet Delfino. “Algunos aspectos de los contratos de empresa”, Revista del Colegio de abogados del Uruguay, año 1976, N°. Extraordinario. P. 29-32.

⁸⁶ Roberto A. Muguillo. Definición. Elementos. Caracteres. EN: Muñoz, Contratos y negocios jurídicos financieros, t II, p. 726.

⁸⁷ Ernesto C. Wayar. Tarjeta de crédito y defensa del usuario. Bs. As. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000. p. 101.

“La expresión contrato “de crédito” es equívoca, porque en general, comprendería, por un lado a todos los contratos creditorios (compraventa, locación, etcétera), llamados así porque inciden sobre los derechos personales o de crédito, y por otro lado, también serviría para designar a todos aquellos contratos en que una parte concede a la otra un crédito, es decir, el derecho de cumplir una obligación a plazo”.

Soslayando problemas terminológicos, se puede decir que en general, les cabe el nombre de contratos de crédito a aquellos contratos en los cuales una parte, generalmente un banco o entidad financiera (en nuestro caso la entidad emisora), otorga crédito a la otra parte (el titular) a cambio de un precio en dinero.

Este género de contratos comprende dos especies. Aquella en que el banco o entidad financiera se obliga a efectuar pagos a terceros por cuenta de la otra parte, y aquella en que se obliga a tener a disposición del otro contratante una cierta cantidad de dinero, que el titular podrá usar, y si devuelve la cantidad utilizada dentro del plazo estipulado, se le renueva automáticamente el crédito por el mismo monto y por un nuevo período.

Ambas especies están comprendidas en el crédito que se ofrece cuando se emite una tarjeta de crédito. Es el *revolting* del derecho anglosajón y británico, y designado en español como: *crédito giratorio*⁸⁸

Por tanto, el contrato de emisión de una tarjeta de crédito es un contrato de crédito, ya que:

- El emisor otorga un crédito al titular, ya obligándose a pagar a los terceros proveedores los consumos que aquél realice usando la tarjeta, ya poniendo a su disposición dinero en efectivo que el usuario podrá retirar de los bancos autorizados o de cajeros automáticos.
- El titular se obliga a pagar por tales servicios un precio en dinero y a rembolsar sus consumos.

⁸⁸ Williams. Contratos de crédito. t. I, p. 99. EN: Farina. Contratos comerciales modernos. P. 481, § 347.

- El crédito se renueva periódicamente, siempre que el usuario cumpla período a período con su obligación de pagar el precio y de restituir.

Como en el contrato de crédito, también en el de tarjeta de crédito un sujeto pone a disposición de otro, una cantidad de dinero, de la cual podrá hacer uso hasta una suma determinada y dentro de un término cierto, debiendo reintegrarlo en un plazo preestablecido. Tendrá así un derecho al crédito sobre un patrimonio ajeno y podrá ejercerlo una o muchas veces. Genéricamente abonará una comisión por esa disponibilidad a su favor, y un interés por el tiempo que disponga del dinero⁸⁹.

Muchos autores (Rodríguez Azuero, Zavala Rodríguez, Cogorno y Fargosi, Guillermo Barboza y Marlene Castaño de Barboza) se han adherido a aquella interpretación del contrato de tarjeta de crédito como un “*contrato de crédito por adhesión*”, ya que dentro de la moderna doctrina comercial es el que más refleja la realidad de la figura en estudio.

Existen tres elementos en el funcionamiento de las tarjetas de crédito que conlleva la esencia del crédito que califica al contrato⁹⁰:

- a) La ausencia de un pago inmediato al momento de realizarse el negocio jurídico que relaciona al titular o usuario con el proveedor.
- b) La innecesariedad de una provisión de fondos por parte del titular o usuario; la entidad emisora es delegataria de la deuda y garante genérica del pago.
- c) El aplazamiento del pago efectivo por el usuario a la entidad emisora, y de ésta al proveedor.

Para Roberto Muguillo⁹¹, es de advertir, que de las distintas relaciones que genera el sistema o de los acuerdos emergentes de la operatoria de la tarjeta de crédito surge clara y

⁸⁹ Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan. Tarjetas de crédito. Bs. As. Ediciones Abeledo – Perrot, 2000. p. 46.

⁹⁰ Carlos Bollini Shaw. Tarjetas de crédito. Bs. As. Ediciones Abeledo – Perrot, 2000. p. 47.

⁹¹ Roberto A. Muguillo. Tarjeta de crédito. p. 74.

diáfana la idea, el concepto y el fin del “crédito”; de ahí su calificación por esta esencia que atañe al objeto de las distintas convenciones que conforman el sistema operativo de la tarjeta de crédito: un contrato de crédito.

Es menester aclarar que dicha categorización no es nueva, ya que Rodolfo O. Fontanarrosa la exponía en su obra y la volcaba en una proyección legislativa⁹², a fin de resolver legalmente los múltiples problemas que planteaba ya en aquella época la contratación moderna en los países latinoamericanos⁹³.

Más allá de lo expresado, hemos tenido oportunidad de adelantar nuestra posición respecto de la naturaleza jurídica de dicho contrato, en el sentido de que la tarjeta de crédito, como toda creación jurídica, responde a una necesidad del tráfico mercantil. De ahí que toda interpretación y análisis debe principalmente adaptarse a la finalidad económico social que cumple la figura jurídica en estudio, por lo tanto no debemos atarnos a concepciones contractuales tradicionales.

Sin perjuicio de ello, mediante el análisis de lo antes expuesto, nos hemos adherido a la teoría mayoritaria que explica la naturaleza jurídica de los distintos aspectos de este complejo contrato.

Por consiguiente el contrato de tarjeta de crédito es, una especie del contrato de crédito, un sistema jurídico operacional conformado por la unidad, la coordinación y la complementación necesaria de diversas relaciones jurídicas integradas en una misma finalidad y que, representando la satisfacción de los distintos intereses de los intervinientes, es común para todos ellos.

⁹² Fontanarrosa, nota al Presidente del Banco Central de Nicaragua expresando motivos y adjuntando el Anteproyecto de Código de Comercio para la República de Nicaragua, del 11/6/71, exposición de motivos, p. 24 – 26. El libro III, título II, sección X del citado Anteproyecto preveía tanto un tratamiento general de los principios básicos de contratación mercantil como los contratos de crédito en general y especial (inédito).

⁹³ Fontanarrosa. Derecho comercial argentino, t. II, p. 140.

Es por esta razón que el contrato de tarjetas de crédito debe entenderse en su conjunto como un negocio jurídico de coordinación, plural o masivo, y complejo, conformado en una unidad de relaciones jurídicas diversas, donde cada relación entre los intervinientes tiene una regulación y una naturaleza jurídica propia y autónoma, que sólo adquiere sentido para conformar este sistema por vía de coordinación y complementación, demostrando la ineficacia de cada una de ellas de no integrarse recíprocamente.

En la ley argentina de tarjetas de crédito, Ley 25.065, el Art. 6º, nos habla del contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito; pero debe tenerse presente que el contenido de este contrato va más allá de la mera “emisión” material de la tarjeta. En consecuencia, el título: “Contrato de emisión de tarjeta de crédito” no es incorrecto, porque existe una emisión material de la tarjeta, pero es insuficiente y no refleja el objeto de tal contrato.

Este contrato esta comprendido entre los denominadas contratos de adhesión. Debido a que el usuario del servicio se encuentra en una situación de desigualdad estructural en relación con el emisor. Por ello, la empresa emisora tiene la obligación de alertar al adherente y ponerlo al tanto de las características del servicio que se obliga a brindarle. La información es un bien apreciado que tiene valor jurídico y, protección jurídica⁹⁴.

Debemos de entender por contrato de adhesión aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno sólo de los contratantes al que se deberá adherir el co – contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria⁹⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico carece de un concepto de tarjeta de crédito, de contrato de tarjeta de crédito, y por consiguiente se carece a la vez, de una naturaleza de la

⁹⁴ Arto. 2º, 6º, 7º, 8º - 12º Ley 25.065.

⁹⁵ Carlos Gustavo Vallespinos. El contrato por adhesión a condiciones generales. Bs. As. Ediciones: Universidad, 1984. p. 237 – 238.

misma; en lo que respecta al contrato, debemos de partir de acuerdo a lo que nos establece nuestra Ley de Defensa de los Consumidores, referente a los contratos de adhesión, debido a la forma en que éstos son redactados y presentados al público actualmente.

El Arto. 21 del Capítulo V “De la Protección Contractual y del Contrato de Adhesión”, de la Ley N° 182 Ley de defensa de los consumidores, nos dice:

“se entiende por contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas se establecen unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar”.

Para la ley de defensa de los consumidores en Costa Rica⁹⁶, en el Capítulo I Disposiciones Generales, Art. 2.- Definiciones, nos ofrece un concepto de contrato de adhesión, el cual dice: *“convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante”*. A su vez, el mismo artículo nos ofrece las definiciones de *Predisponente* y *Adherente*; para el primero: *“sujeto del contrato de adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, si desea contratar”*. Y para el segundo: *“sujeto del contrato de adhesión que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente”*.

Para la Ley 24.240 Defensa del Consumidor en la Argentina⁹⁷, en su Arto. 38.- Contrato de Adhesión. Contratos en formularios. *“La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general,*

⁹⁶ Ley N° 7472. Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor y su reglamento (concordada). Alex Salazar Solórzano. Investigaciones jurídicas S.A. San José, Costa Rica, Año XIII, N° 80.

⁹⁷ Ley N° 24.240 Defensa del Consumidor. Sancionada: 22/9/93; Promulgada parcialmente: 13/10/93; Publicada: B.O.: 15/10/93.

cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidad de discutir su contenido”.

En nuestro derecho común se carece de una definición de Contrato de adhesión, pero nos es de mucha utilidad lo establecido en los Artos. 2438 y 2503 de nuestro Código Civil⁹⁸, en el Título VII De los Contratos, Capítulo I – Disposiciones Generales, los cuales dicen, el primero: ***la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*** Así mismo el segundo: ***la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato, no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad.***

3.4 Elementos Personales

3.4.1 – Emisor o acreditante

Según Juan M. Farina⁹⁹, el emisor es la empresa que expide la tarjeta de crédito en forma masiva.

En el Art. 2º del Anexo a la Recomendación de la Comisión de la Comunidad Económica Europea 88 / 590 CEE que contempla las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas define al emisor como: *“la persona que en el marco de su actividad profesional pone a disposición de un cliente un instrumento de pago en virtud de un contrato suscrito por él”¹⁰⁰.*

A su vez el proyecto de Código Europeo de Buena Conducta en materia de Pagos Electrónicos y en particular la relación entre los adquirentes y aceptantes, define emisor

⁹⁸ Código Civil de la República de Nicaragua. 3ra. Edición, 1998. Editorial jurídica. Ambos artículos citados concuerdan con los Artos. 1256 y 1288 del Código civil Español.

⁹⁹ Juan M. Farina. Contratos de crédito financieros. 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial: Astrea. Bs. As. 1999. p. 601.

¹⁰⁰ Carlos Villegas. Tarjeta de crédito. p. 281.

como: “cualquier establecimiento de crédito u organización de tarjetas que entrega una tarjeta de pago utilizando la vía electrónica¹⁰¹”.

Para Carbonel Pintanel¹⁰² la existencia del emisor es imprescindible por cuanto sin él no hay tarjeta y que frecuentemente la entidad emisora (normalmente entidad financiera) no crea su propia tarjeta sino que pone en circulación una tarjeta cuya marca es propiedad de otra entidad (entidad de franquicia) que le autoriza mediante un contrato, a emitirla en un país.

Según el Art. 2º de la Ley de Tarjetas de Crédito en Argentina, emisor “*es la entidad financiera, comercial o bancaria que emita tarjetas de crédito, o que haga efectivo el pago*”¹⁰³. Este inciso ha merecido una doble crítica: por un lado, se le reprocha que confunde los roles de los sujetos que allí menciona y, por otro, omite incluir entre ellos a la entidad administradora del sistema.

Para Ernesto C. Wayar¹⁰⁴, la enunciación de los sujetos requiere explicaciones de los roles que los mismos desempeñan.

- i. El rol de emisor, en sentido estricto. Si bien con la palabra emisor se puede identificar, en primer lugar, a las empresas que fabrican o hacen fabricar tarjetas, bien se ha dicho que lo que interesa a los fines de la ley no es el acto material de la emisión, sino que lo importante es la asunción de las obligaciones correspondientes frente al usuario y frente al proveedor. Por consiguiente, el rol de emisor, en el sentido estricto de la ley, le corresponde a las empresas que asumen tales obligaciones y para cuya caracterización se ha de tener presente que según las reglas del mercado, “emitir” comprende también la tarea de promoción comercial de la tarjeta para su ubicación entre

¹⁰¹ Carbonel Pintanel, José Carlos. Protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea. Editorial: Eurolex, Madrid, 1994. p. 198 – 199 EN: Carlos Villegas. Tarjetas de crédito. p. 282.

¹⁰² Ob. Cit., Págs. 198 – 199.

¹⁰³ Ley N° 25.065 Tarjeta de Crédito. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁰⁴ Ernesto C. Wayar. Tarjeta de crédito y defensa del usuario. Editorial: Astrea. Bs. As. 2000. p. 68 – 71.

el público consumidor; de allí que sea posible que un banco sea emisor, aunque otra empresa sea la organizadora del sistema.

- ii. El rol de sujeto pagador. También será considerada como sujeto emisor, la entidad financiera, bancaria o comercial que, aun cuando no haya organizado el sistema, tenga a su cargo el pago a los proveedores o comercios pertenecientes a la operatoria. Se hace necesario aclarar que una entidad solamente pagadora no es un emisor en sentido estricto, pero la legislación argentina ha dispuesto atribuirle ese carácter, imponiéndole las obligaciones propias del sujeto emisor frente al usuario. Esta interpretación se funda en que el contrato que, por hipótesis, celebraron la empresa organizadora del sistema y la empresa pagadora, forma parte de la red contractual generadora de responsabilidad frente al consumidor o usuario.
- iii. Entidades “Financieras” y Entidades “Comerciales”. Pese a su defectuosa redacción, la ley de tarjetas de crédito diferencia a los sujetos emisores entre empresas que son entidades financieras comprendidas en la Ley 21.526¹⁰⁵ y empresas que no lo son. La distinción entre ambas clases de sujetos tiene importancia por cuanto el límite de los intereses compensatorios o financieros, es el del primer párrafo del Art. 16° de la Ley 25.065, según disposición del Banco Central de la República Argentina (BCRA) en su comunicación antes citada.

“Art. 16.- Interés compensatorio o Financiero. El límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del veinticinco por ciento (25%) a la tasa que el emisor aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes¹⁰⁶”.

Para el jurista Infante Pérez, el emisor simplemente es el empresario dedicado, exclusivamente o en concurrencia con otras actividades al libramiento de la tarjeta de pago, a cambio de una contraprestación económica directa, establecida en forma de comisión

¹⁰⁵ Ley N° 21.526 Entidades Financieras. Sanc. y prom.: 14/II/1977; “B.O.” : 21/II/1977.

¹⁰⁶ Ley N° 25.065 Tarjeta de Crédito. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

sobre la emisión y uso de la tarjeta, o indirecta, es decir, esperada del beneficio inducido por la misma¹⁰⁷.

Emisor puede ser cualquier empresario legalmente establecido quien puede crear su propia tarjeta y marca; por tal razón existen cantidades de tarjetas comerciales cuyo emisor es el propietario de la marca de la tarjeta que el mismo ha creado y usa con exclusividad, pero la mayor parte de las tarjetas son emitidas por empresarios que cuentan con licencia sobre la marca de la tarjeta correspondiente.

Si estamos ante un empresario, ello supone que estamos ante un sujeto con capacidad jurídica, con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico, el cual es una persona física que organiza la actividad económica dirigida a la emisión de las tarjetas de crédito con el fin de obtener un lucro o beneficio.

El emisor es cualquier entidad de crédito que emita tarjeta de pago; donde se concreta que la capacidad para contratar tarjetas está sujeta a la legislación bancaria (Art. 47 inco. 6° de la Ley N° 314, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos financieros, publicada en la Gaceta, D.O. 198, 199 – 200 del 18 Octubre de 1999¹⁰⁸).

El emisor puede ser por consiguiente una empresa especializada u sociedad cuyo objeto sea específicamente la operativa de este tipo de servicios, como también puede ser una empresa comercial que opera su propio sistema de crédito o una entidad financiera.

En el anteproyecto de Ley de tarjetas de crédito propuesto¹⁰⁹, Managua mayo 12 de 1999, en el Capítulo VII que trata De la entidad emisora, en su Art. 21 dice:

¹⁰⁷ Infante Pérez. El régimen jurídico de las tarjetas. España. p. 85.

¹⁰⁸ Art. 47 inco. 6°.- Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones:

6. Emitir o administrar medios de pago tales como tarjetas de crédito, tarjetas de débito y cheques de viajero.

¹⁰⁹ Este proyecto de Ley inicia hace dos años atrás, donde varios juristas nicaragüenses, vieron la necesidad de regular el Contrato derivado del uso y emisión de tarjetas de crédito; ya que este instrumento se estaba popularizando cada día más y a pesar de que no existe ninguna Ley específica que trate sobre este contrato, es

“se considera entidad emisora de tarjetas de crédito a toda empresa especializada cuyo objeto sea la operación de este tipo de servicios, o bien aquella empresa comercial que opera su propio sistema de crédito o una entidad financiera.

Si la empresa emisora fuere una entidad bancaria o un grupo de entidades bancarias asociadas la tarjeta de crédito se denominará bancaria.

Podrán emitir tarjetas de créditos:

- a) Los bancos*
- b) Las sociedades mercantiles cuyo objeto social es exclusivo para tales fines*
- c) Los establecimientos para su propio negocio”.*

3.4.2 – Tarjeta – habiente o titular

Es la persona autorizada a utilizar la tarjeta. Puede no coincidir con la persona que ha contratado con el emisor: casos de tarjetas de empresas para sus ejecutivos o para familiares (el cónyuge, o sus hijos resultan ser los titulares). En este caso aparece la figura del solicitante disociada de la figura del titular de la tarjeta (usuario)¹¹⁰.

Para Wayar¹¹¹, de acuerdo con la ley de tarjeta de crédito en Argentina, el usuario titular es *“aquel que está habilitado para el uso de la tarjeta de crédito y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por él mismo¹¹²”*. Si el intérprete se atiene a la literalidad del precepto concluirá que son dos las condiciones para que el usuario sea titular de la tarjeta de crédito: estar habilitado para usarla, y hacerse responsable de los cargos y consumos propios y de los realizados por las personas autorizadas por él.

de uso masivo y como tal, surte efectos en nuestra realidad. Actualmente este proyecto de ley sigue en revisión por una Comisión integrada por cuatro miembros: Dr. *Uriel Cerna*. Asesor Legal de la Superintendencia de Bancos; Dr. *Juan José Rodríguez*. Asesor Legal del Banco Central Nicaragüense; Dr. *León Núñez Ruiz*. Secretario del Consejo Directivo del Banco Central Nicaragüense; Dr. *Edgard Paguagua*. Asesor Legal de la Asamblea Nacional.

¹¹⁰ Juan M. Farina. *Contratos comerciales modernos*. 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial: Astrea, Bs. As. 1999. p. 601.

¹¹¹ Ernesto C. Wayar. *Tarjeta de crédito y defensa del usuario*. Editorial: Astrea, Bs. As. 2000. p. 53 – 54.

¹¹² Art. 2 literal b)- de la Ley 25.065 Tarjetas de crédito.

El estar habilitado para usar la tarjeta es una condición indispensable para integrar el sistema. El texto sirve, pues, para destacar la importancia de la habilitación como requisito sin el cual no se concluirá el contrato de emisión de la tarjeta, ya que si el solicitante no reúne los requisitos para ser habilitado no se le extenderá la tarjeta y, por ende, no llegará a ser un titular. Pero el estar habilitado, no es la nota suficiente para distinguir un usuario titular de uno adicional, por cuanto también éste último, para ser tal, debe estar autorizado por el titular, lo que equivale en cierto modo a estar habilitado para usar el crédito que proporciona el sistema.

Hay que tener presente que el estar habilitado para usar la Tarjeta de crédito, significa que el usuario de la misma pertenece a un Sistema implementado por la Sociedad emisora, la cual le extiende la tarjeta de crédito, y de esta forma lo habilita para acceder a la obtención de bienes y servicios en los locales autorizados y adheridos a dicho Sistema.

La habilitación se lleva a cabo, cuando el futuro usuario de la tarjeta de crédito solicita la tarjeta, y cuando ésta es ofertada al público por medio de pre – contratos redactados, donde en la mayoría de las veces al reverso de los mismos esta la solicitud impresa.

La nota que si distingue al titular del usuario adicional, es la responsabilidad. El titular es el obligado a pagar los cargos y consumos que registre el resumen, incluyendo los gastos y consumos efectuados por la persona autorizada por él a usar una extensión de la tarjeta; ambos instrumentos, el que posee el titular y el que utiliza el autorizado, pertenecen a la misma cuenta del titular.

Para Carlos Villegas¹¹³ existe un problema común en estos casos, el cual es el establecimiento de una cláusula de “*solidaridad*” en el pago entre el titular y el usuario de una tarjeta adicional. Al efecto señala María Gómez Mendoza que en el supuesto de tarjeta

¹¹³ Carlos Villegas. Tarjeta de crédito. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza 1999. p. 287.

adicional, nada parece oponerse a la validez de la cláusula de responsabilidad solidaria, si consta en el contrato que firma el usuario autorizado, y cita en apoyo el Art. 10.1.a. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Española. Si no es así, agrega la citada autora, cada uno de los titulares reembolsará las cantidades de las que dispuso.

El titular es la persona física o jurídica que contrata con el emisor, la emisión y el uso directo y/o indirecto de la tarjeta y los servicios o prestaciones complementarios que el emisor le proporciona durante su vigencia, a cambio de una contraprestación¹¹⁴.

Para el anteproyecto de ley de tarjetas de crédito en Nicaragua, el Usuario titular *es la persona tenedora legítima de la tarjeta de crédito propiamente dicha, cuya solvencia y responsabilidad ha sido constatada por la entidad emisora*¹¹⁵.

De acuerdo ha lo antes expuesto, podemos decir que el usuario o titular es la persona tenedora legítima de la tarjeta de crédito propiamente dicha, cuya solvencia y responsabilidad ha sido debidamente constatada y confirmada por la entidad emisora con anterioridad a la aprobación de la solicitud y a la emisión de la respectiva tarjeta identificatoria.

En Nicaragua podemos decir que, si bien es cierto, la persona titular de la tarjeta de crédito es la tenedora legítima de la misma, se dan diferentes situaciones que nos demuestran que el hecho de sólo portar la tarjeta de crédito nos hace ser legítimos tenedores de la misma, y pertenecer al Sistema; por ejemplo:

- ▶ En la mayoría de las veces en los comercios adheridos, al usuario no le exigen presentar una identificación adicional para constatar si verdaderamente es el portador legítimo de la tarjeta de crédito.

¹¹⁴ Francis Jeannette Martínez Ruiz. Contrato de uso y emisión de tarjetas de crédito. – Monografía, Managua, Nicaragua, junio de 1999.

¹¹⁵ Art. 14 del anteproyecto de ley de Tarjetas de crédito. Managua, 11 de mayo de 1999.

- En otras ocasiones, el usuario accede a la obtención de bienes y servicios utilizando la tarjeta sin que ésta este firmada al reverso, como debe de ser, y sin que el dependiente en el comercio adherido le exija que la firma.
- En algunos casos el dependiente del comercio adherido verifica a través de una llamada telefónica a la entidad emisora, cuánto es el saldo que a la fecha tiene disponible el usuario, para llevar a cabo la transacción comercial en ese momento, verificando a su vez si éste es el legítimo tenedor de la tarjeta de crédito. Vale decir que son pocas las veces que los comerciantes, realizan esa verificación.

3.4.3 – El Fiador

Según Guillermo Cabanellas¹¹⁶, fiador es *“quien constituye una fianza u obligación de responder por otra persona en el caso de que ésta no quiera o no pueda cumplir total o parcialmente. El fiador es un segundo deudor, pero no siempre de segundo grado; porque puede obligarse solidariamente, y entonces el acreedor puede dirigirse contra él conjunta o preferente”*.

Para Juan M. Farina¹¹⁷ el fiador o *avalista*, en realidad es el *“garante”*; se da cuando la emisora requiere al titular o usuario de la tarjeta de crédito (o, en su caso, al solicitante) que un tercero garantice sus obligaciones frente al emisor.

Ernesto C. Wayar¹¹⁸, dentro de los sujetos que intervienen en el contrato de emisión de tarjetas de crédito, también puede aparecer en escena un fiador del usuario. En este caso el fiador no es parte del contrato de emisión. Recuérdese que el contrato de fianza se celebra entre el acreedor, en este caso el emisor, y el fiador, y es accesorio de otro (doctrina

¹¹⁶ Guillermo Cabanellas. Diccionario enciclopédico de derecho usual. t. I., 21ª edición. Editorial: Heliasta S.R.L. Bs. As. 1989. p. 52.

¹¹⁷ Juan M. Farina. Contratos comerciales modernos. 2da. Edición. Editorial: Astrea. Bs. As. 1999. p. 602.

¹¹⁸ Ernesto C. Wayar. Tarjetas de crédito y defensa del usuario. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 105.

del Art. 1986, Cód. Civil argentino¹¹⁹), en este caso, del de emisión. Para el supuesto que al contrato de emisión le acceda una fianza, el fiador tiene derecho a que se le extienda un ejemplar del contrato de idéntico tenor al que corresponde al usuario (Art. 7º, inc. a. Ley de Tarjetas de Crédito).

Para el Código de Comercio de Costa Rica¹²⁰, en el Capítulo sexto “De la Fianza”, dice: Art. 509.- *Para que una fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto el cumplimiento de un acto o contrato de comercio. La fianza mercantil será siempre solidaria, salvo reserva en contrario, y en consecuencia no podrá el fiador invocar el beneficio de excusión.*

Así mismo el Art. 510 de dicho cuerpo de ley, nos dice que: *la fianza se ha de contraer necesariamente por escrito, cualquiera que sea su monto y no podrá exceder de la obligación principal.*

Para el Código de Comercio argentino, *para que una fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante*¹²¹.

*El fiador o fiadores responden solidariamente como el deudor principal, sin poder invocar el beneficio de división ni el de excusión que nunca se admite en materia comercial. Puede solamente exigir que el acreedor justifique que ha interpelado judicialmente al deudor*¹²².

¹¹⁹ Art. 1986. *Habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesorias.* Código civil de la nación Argentina. Leyes complementarias. 4ta. Edición. Ediciones del país 2002.

¹²⁰ Código de Comercio, edición actualizada. Publicaciones jurídicas, mayo 1999.

¹²¹ Art. 478. Código de comercio. Leyes complementarias. 4ta. Edición. Ediciones del país. Abril de 2002.

¹²² Art. 480. Código de comercio. Leyes complementarias 4ta. Edición. Ediciones del país. Abril de 2002.

En el anteproyecto de ley de las tarjetas de crédito, de acuerdo al **Art. 6.- De la fianza**. *El emisor podrá exigir al titular que un tercero garantice las obligaciones que surgen de la celebración del contrato de tarjeta de crédito*¹²³.

Según nuestro Código de Comercio en su Arto. 102 *en las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios*.

*Todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante, será solidario con el deudor principal y con los fiadores*¹²⁴.

Para nuestro Código Civil¹²⁵ en su Arto. 3653, *la fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple*.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

Puede ser fiador toda persona capaz de obligarse, salvo las excepciones determinadas por la ley.

La norma antes expuesta ha sido tomada del Arto. 2045 del Código Civil argentino, la cual está dentro del Capítulo V De la extinción de la fianza y dice así: *cuando la subrogación a los derechos del acreedor sólo se ha hecho imposible en una parte, el fiador sólo queda libre en proporción de esa parte*¹²⁶.

¹²³ Proyecto de Ley sobre tarjetas de crédito. Managua, 11 de mayo de 1999.

¹²⁴ Aníbal Solórzano Reñazco. Glosas al Código de Comercio de Nicaragua. – Concordancias y jurisprudencia 3ª. Edición. Hispamer. Managua, 1999.

¹²⁵ Código Civil de la República de Nicaragua. 3ª edición 1998. Editorial Jurídica. Dicho artículo citado se complementa con los artos. 2472, 3257 y 3296 del Código Civil nicaragüense.

¹²⁶ Código Civil de la Nación Argentina – Leyes complementarias. Ediciones del país 2002.

3.5 – ¿Qué es el Contrato de tarjeta de crédito?

Es el instrumento suscrito entre el banco o empresa especializada y el futuro usuario, en él se establecen con precisión las características y condiciones del servicio a prestar por la empresa emisora de la tarjeta¹²⁷.

Para Arrillaga¹²⁸, se configura un contrato de apertura de crédito, que se puede calificar como contrato en serie o de adhesión, sinalagmático o de ejecución continuada. La rigidez legal le impone al usuario la obligación de firmar un contrato inicial, tanto a él como a su fiador y autorizados y volver a firmarlo cada vez que solicita una tarjeta adicional, un nuevo servicio, amplía los límites de compra y crédito, cambia de domicilio, etcétera.

El contrato de tarjeta de crédito, es el contrato en el cual una persona (la entidad emisora o gestora) se obliga, frente al titular de la tarjeta, a pagar las obligaciones que éste contraiga con determinadas personas y/o a facilitar dinero en efectivo y otros servicios de caja, a crédito (tarjetas de crédito y de débito), o a aplicar ciertas reglas en el pago de las obligaciones de dinero (tarjetas de compra), siempre que aquél haya utilizado la tarjeta que le proporciona el propio emisor o gestor; y el titular de la tarjeta se obliga a reembolsar las cantidades pagadas por aquél, y en su caso, los intereses y demás gastos y la cuota por su utilización, y a usar la tarjeta de acuerdo con lo estipulado¹²⁹.

Para la jurista Evelyn Salas y Jaime Barrantes¹³⁰, el contrato de tarjeta de crédito es un contrato de adhesión, con formularios preimpresos con cláusulas generales, constituyen los llamados por cierta doctrina: contrato de la letra chica y que se entiende como el crédito

¹²⁷ Carlos Bollini Shaw. *Tarjetas de crédito*. Bs. As. Editorial: Abeledo – Perrot, 2000. p. 61 – 652.

¹²⁸ Arrillaga, José I., *La tarjeta de crédito*, Revista derecho Privado, Madrid, 1981, p. 795 EN: Carlos Bollini Shaw. *Tarjetas de crédito*. Bs. As. Editorial: Abeledo – Perrot, 2000. p. 61 – 652.

¹²⁹ Gete – Alonso Calera. *El pago mediante tarjetas de crédito*, p. 34 EN: Ernesto C. Wayar. *Tarjetas de crédito y defensa del usuario*. Bs. As. Editorial: Astrea, 2000. p. 90.

¹³⁰ Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito*. San José. Ediciones mundo gráfico, 1997. p. 131 – 132.

o créditos de tiempo otorgados al tarjeta habiente como consecuencia y en virtud del uso de la tarjeta.

De acuerdo a la Ley de tarjetas de crédito en Argentina, hay contrato de emisión cuando una persona (entidad emisora) remite a solicitud de otra (usuario titular) y ésta recibe de conformidad, un instrumento identificatorio (tarjeta) con el cual queda integrado a un sistema, y puede adquirir bienes o servicios de terceros proveedores también pertenecientes al sistema, obligándose a pagar a la primera un precio por el mantenimiento del sistema y a reembolsarle el monto de los consumos facturados por los proveedores, y que fueron pagados por ella.

3.6 – Elementos Materiales¹³¹

3.6.1 – La solicitud

Nuestra afirmación de que el emisor se constituye en ofertante y el titular en aceptante podría ser cuestionada con el argumento de que quien firma la solicitud para que se emita la tarjeta es el postulado como posible titular, y que esa solicitud constituiría una oferta contractual, oferta que, si reúne los requisitos exigidos por el emisor, sería aceptada manifestándose esa aceptación mediante la emisión de la tarjeta.

Sin embargo, no es ése el proceso de formación contractual que resulta de la Ley de tarjetas de crédito en Argentina.

Si bien el proceso se inicia con la firma de la solicitud, esa solicitud tiene el carácter de una invitación a ofertar (*invitatio ad offerendum*) que dará lugar, o no, a la emisión de la oferta por parte de la entidad emisora, oferta que se concretará, precisamente, con la emisión de la tarjeta.

¹³¹ Ernesto C. Wayar. Tarjetas de crédito y defensa del usuario. Bs. As. Editorial: Astrea, 2000. p. 110 – 120.
Gonzalo F. Zamora Morales
Héctor R. López Toruño

Por consiguiente, según dicha ley, en su Art. 8° el contrato queda perfeccionado sólo cuando se firma el mismo, se emite las respectivas tarjetas y el titular las reciba de conformidad, que la sola firma de la solicitud, incluso la firma del documento que contiene las cláusulas si consta por separado, no es suficiente para perfeccionar el contrato¹³².

Si la firma de la solicitud debiera ser considerada como una oferta, tendría para el ofertante fuerza vinculante; es decir produciría efectos jurídicos que generarían responsabilidad para el sujeto que la emitió, en caso de retiro injustificado. Y lo más grave: si la solicitud tuviera fuerza de oferta, la emisión de la tarjeta, en tanto debería ser considerada como una “aceptación”, bastaría para cerrar el contrato, responsabilizando al titular con todos sus efectos.

Por otro lado el Art. 9° de la citada ley, es explícito cuando indica que la solicitud de la emisión de la tarjeta de crédito no genera responsabilidad alguna para el solicitante, ni perfecciona la relación contractual¹³³. Por consiguiente, si la firma de la solicitud, enviada incluso a la entidad emisora, no genera responsabilidad alguna para el solicitante, no cabe sino concluir que no puede ser reputada como oferta contractual, sino como una simple *invitatio ad offerendum*.

A todo esto cabe agregar que ni siquiera la firma del documento en el que pueden, o no, constar o estar insertas las cláusulas del contrato mismo, es suficiente para perfeccionarlo. No modifica esta conclusión, la circunstancia que ese contrato, deba estar firmado por el solicitante y por un representante de la entidad emisora; a lo sumo, habrá quedado configurado un preliminar unilateral (vinculante sólo para el emisor), pero no habrá contrato de emisión definitivo hasta tanto la tarjeta no sea remitida al titular y éste la acepte de conformidad.

¹³² Art. 8°.- *El contrato de tarjeta de crédito entre el emisor y el titular queda perfeccionado sólo cuando se firme el mismo, se emitan las respectivas tarjetas y el titular las reciba de conformidad. El emisor deberá entregar tantas copias del contrato como partes intervengan en el mismo.* Ley N° 25.065 Tarjetas de Crédito.

¹³³ Art. 9°.- *La solicitud de la emisión de la tarjeta de crédito, de sus adicionales y la firma del codeudor o fiador no generan responsabilidad alguna para el solicitante, ni perfeccionan la relación contractual.* Ley N° 25.065 Tarjetas de crédito.

En conclusión, ni la solicitud firmada por el futuro titular, ni el contrato o documento que contenga las cláusulas, aun firmado por ambas partes, perfeccionan el contrato de emisión.

Adjudicar a la firma de la solicitud por parte del posible usuario el carácter de una simple *invitatio ad offerendum*, además de resultar así de la propia ley, le deja la última palabra al usuario convirtiéndose en regla tutelar.

Incluso es posible invocar el Art. 7° de la Ley de defensa del consumidor en Argentina, ya que en dicho texto se habla de “oferta” refiriéndose a una declaración de voluntad que debe estar dirigida a “consumidores potenciales¹³⁴”. Por ende, si en el contrato de emisión, que es una relación de consumo el rol de consumidor le cabe al usuario, es congruente sostener que es él quien debe ser considerado como el destinatario de una oferta y no como un oferente.

Varios autores han opinado que con el propósito de proteger al usuario, que el proceso debe ser inverso. Es decir, la solicitud debe ser considerada una oferta, y la emisión de la tarjeta una aceptación. Pero de acuerdo a la configuración de la ley argentina sobre tarjetas de crédito, esta tesis es inadmisibles. Con la idea de tutela, es conveniente permitir que sea el usuario quien tenga la última palabra, pudiendo aceptar o rechazar el contrato al tiempo de recepcionar la tarjeta y no considerarlo vinculado desde que firmó la solicitud.

Por otra parte, sostener que el titular es un oferente presenta serios inconvenientes, puesto que grava o debilita su posición, como se comprueba con sólo tener en cuenta que siendo la oferta una declaración que se postula penúltima (última es la aceptación), la solicitud del titular sería la oferta, y con ella estaría prestando su adhesión por anticipado,

¹³⁴Art.- 7 *Oferta. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.* Ley N° 24.240 Defensa del Consumidor. Sanción: 1993/09022; Promulgación: 1993/10/13; Publicación: B. O. 1993/10/15.

ya que la emisión de la tarjeta cerraría el contrato sin ninguna otra declaración por parte del usuario¹³⁵.

Es por esta razón que sostenemos, que es necesario afirmar que la adhesión debe ser siempre considerada como una aceptación, esto es, como la declaración última que cierra el contrato. En otras palabras, cuando el titular recibe la tarjeta y la acepta de conformidad, recién cabe decir que se adhirió a las condiciones impuestas por el emisor.

Pero, qué pasa cuando la entidad emisora envía una tarjeta a una persona que no la ha solicitado? Porque hemos visto antes, que se parte de la hipótesis en que una persona firma la solicitud de emisión. Y qué pasa en el caso de la pregunta antes planteada.

En este caso el proceso de formación del contrato no se altera. El envío de la tarjeta cumple la función de una oferta que el destinatario podrá aceptar o rechazar; si la tarjeta llega al poder del destinatario y éste a pesar de que no la ha solicitado, hace uso de ella, debe interpretarse que la acepto tácitamente.

No se puede admitir la posibilidad de que el usuario pretenda eludir la obligación de pagar el resumen, si invoca, como único argumento, que la tarjeta le fue enviada sin haberla él solicitado, pues aun en este caso, al hacer uso de la tarjeta aceptó la oferta, quedando así cerrado el contrato de emisión.

Pero si recibe la tarjeta pero no hace uso de ella, aunque no la devuelva de inmediato, debe entenderse que no la acepta, salvo que de otro modo manifieste su voluntad de aceptarla, como sería por ejemplo si paga el cargo por el envío de la tarjeta que el emisor haya incluido en su cuenta bancaria. Si quien recibe la tarjeta no la acepta pero tampoco la devuelve y luego, por robo o pérdida, se hace un uso fraudulento de ella, ¿será responsable el destinatario?. Pensamos que por aplicación de los principios generales, si no cabe

¹³⁵ Vallespinos. El contrato por adhesión a condiciones generales. P. 239 EN: Ernesto C. Wayar. Tarjetas de crédito y defensa del usuario. Bs. As. Editorial: Astrea, 2000. p. 114.

imputarle al destinatario dolo o culpa por el uso fraudulento, prueba que estará a cargo del ente emisor, no podrá atribuírsele responsabilidad por el indebido uso¹³⁶.

3.6.2 – La oferta

Según la teoría general, la oferta, que es uno de los elementos que integran el consentimiento contractual, constituye una declaración de voluntad que se postula penúltima, declaración que, si concurre una aceptación congruente con ella, es apta para formar un contrato. Los requisitos de la oferta son: debe ser completa, seria, y dirigida a persona determinada.

La emisión de la tarjeta es una oferta, porque responde a varias características.

En el especial caso del contrato de emisión que aquí consideramos, la práctica comercial ha impuesto, como mecánica usual de celebración, que en las solicitudes, que en todos los casos son formularios preimpresos, ya se encuentren consignadas las cláusulas que integrarán el contenido normativo del futuro contrato. Por ello, no se puede dudar que luego, cuando se emite la tarjeta, la oferta que esa emisión conlleva, deba ser considerada completa, es decir, que contenga los requisitos propios y suficientes del contrato que se quiere celebrar¹³⁷.

La sola emisión de la tarjeta, por la importancia del instrumento, permite aseverar que la oferta es seria, es decir, formulada con la intención jurídica de obligarse (*intentio iuris*) por parte del emisor.

¹³⁶ Arrillaga. La tarjeta de crédito, p. 797. EN: Ernesto C. Wayar. Tarjetas de crédito y defensa del usuario. Bs. As. Editorial: Astrea, 2000. p. 115.

¹³⁷ Art. – 5° de la Ley 25.065 dice: “ el usuario poseedor de la tarjeta estará identificado en la misma con: su nombre y apellido, su firma ológrafa, fecha de emisión de la misma, fecha de vencimiento, los medios que aseguren la inviolabilidad de la misma, la identificación del emisor y de la identidad bancaria interviniente”.

En lo que se refiere al destinatario de la oferta, tampoco se puede dudar que en este caso se está ante un destinatario específicamente determinado, por tratarse de una persona que, por hipótesis, está individualizada desde que remitió la solicitud.

3.6.3 – La aceptación

Una vez que la entidad emisora, luego de analizar la solicitud y de aprobar las condiciones que exige y deben reunir los posibles titulares (especialmente solvencia), emite la oferta. Esta emisión, constituye la oferta del contrato. Esa oferta, puede, o no, ser aceptada por el destinatario.

Para la Ley Argentina de Tarjetas de Crédito, la forma específica de aceptación es la “recepción del instrumento sin objeciones¹³⁸”. Para comprender cuando se produce el momento en que tiene lugar la recepción, momento a partir del cual el destinatario podrá aceptar o rechazar la oferta, será necesario analizar la doctrina, referido en general a las declaraciones de voluntad.

Se puede afirmar que la tarjeta se entiende receptada si se cumple con varias etapas.

Desde que el destinatario se encuentra en condiciones de disponer de ella. En efecto, que una declaración se entiende receptada a partir del momento en que entra en la esfera propia del destinatario, de manera que solo de él dependa, según el modo en que tenga organizada su casa o sus negocios, el que pueda o no disponer del instrumento que le ha sido remitido.

Si ha tomado conocimiento fehaciente de que el instrumento está a su disposición. En este caso, se acepta que no es necesario que el instrumento le sea entregado en persona, sino que basta con que se deposite en su buzón o se entregue en su oficina o domicilio particular, según lo haya señalado el propio destinatario como lugar donde debía ser

¹³⁸ Art.- 8º párr. 1º, Art. 9º y del inc. k del Art. 6º Ley 25.065 Tarjetas de crédito.

enviado. En cualquiera de esos lugares se entenderá receptada si queda en manos de una persona autorizada o que se encarga de tales menesteres¹³⁹.

Con mayor razón se entenderá receptado el instrumento si su destinatario ya lo tiene en su poder.

Ahora bien, es importante aclarar que, en caso de controversia sobre si el instrumento fue o no receptado, la prueba de que sí lo fue le corresponde al emisor, ya que: en primer lugar, puesto que la recepción generará obligaciones y eventuales responsabilidades para el destinatario, en caso de duda debe estarse a favor de la liberación del posible obligado. Si se nos objetara que con la recepción de la tarjeta nacen también obligaciones para el emisor, respondemos que es verdad, pero la diferencia radica en que el destinatario tiene el carácter de usuario¹⁴⁰.

En consecuencia debe aplicarse aquel principio, que establece que en caso de duda debe estarse a la interpretación más favorable para el consumidor¹⁴¹. Será suficiente la prueba de que el instrumento llegó a destino y que resulta inverosímil que el destinatario no haya tomado conocimiento de ello.

Pero la recepción en sí misma no perfecciona el contrato. Es necesario que el destinatario acepte el instrumento sin objeciones.

En la ley de tarjetas de crédito en Argentina, no se establece un plazo para formular objeciones o para rechazar la tarjeta, pero por analogía se aplica la Ley de Defensa del consumidor, la cual establece que el destinatario tendría un plazo de cinco días para

¹³⁹ Von Thur. Tratado de las obligaciones, t. I. p. 124, § 21. EN: Ernesto C. Wayar. Tarjetas de crédito y defensa del usuario. Bs. As. Editorial: Astrea, 2000. p. 118.

¹⁴⁰ Art.- 1 de la Ley 24.240. “*la presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se considera consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...*”

¹⁴¹ Art.- 3 de la Ley 24.240. “*las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación mas favorable para el consumidor*”.

rechazarla, a contar desde la recepción. Si vencido ese plazo no la rechaza, se entenderá aceptada tácitamente. Lo antes planteado se le conoce como “venta domiciliaria”, que se define como aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar¹⁴².

En tal caso, aun cuando el destinatario de la propuesta la hubiera aceptado, puede revocarla durante el plazo de cinco días corrido, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna.

Por lo tanto, luego de la recepción de la tarjeta, el destinatario tiene el plazo de cinco días corridos a partir de la recepción para rechazar la oferta y devolver el instrumento, por el mismo medio por el que lo recibió. Si no lo hace, se entenderá que la ha aceptado.

Ello, siempre y cuando no hubiese hecho uso de la tarjeta dentro del plazo indicado, pues si la usó, la aceptación quedará consumada y ya no podrá rechazarla. En adelante podrá hacer uso del derecho a concluir el contrato, pero haciéndose responsable de las obligaciones generadas a su cargo hasta el momento en que decida dar por concluido el contrato.

3.6.4 – La firma

En teoría, es factible que la solicitud de emisión preceda a la firma de otro documento en el que consten las cláusulas por las que habrá de regirse el contrato.

¹⁴² Art.- 34 Ley 24.240. “revocación de aceptación. En los casos de los arts. 32 y 33, el consumidor tiene derecho a revocar durante el plazo de cinco días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada.

El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de venta le sea presentado al consumidor.

Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria.

El consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.”

Gonzalo F. Zamora Morales

Héctor R. López Toruño

En la ley de tarjetas de crédito Argentina, dicha posibilidad va implícita, pues surge del Art. 9° que se refiere a la solicitud, y de los Arts. 6°, inc. *k*, y 8°, párr. 1°, que se refieren a la firma del contrato, de donde se desprende que el legislador ha tenido en mira, por un lado, la solicitud y, por otro, el contrato.

Si bien es teóricamente posible esta discriminación, en la práctica la solicitud y las cláusulas del futuro contrato están reunidas en un sólo documento que, de hecho, es el único que firma el solicitante.

Por lo tanto, aunque en el documento que firme el solicitante se encuentren insertas las cláusulas, ese documento sólo será una solicitud (*invitatio ad offerendum*) o, en todo caso, un acto preparatorio del futuro contrato, pero no el contrato mismo.

Aunque la solicitud y las cláusulas consten en documentos separados y aunque el segundo sea una consecuencia del primero, siempre se estará ante actos preparatorios del contrato definitivo, pues la oferta recién se concretará con la emisión del instrumento.

Antes de dicha emisión se está en el terreno de los actos preparatorios, que en algunos casos no generan ninguna responsabilidad para las partes, como ocurre, por ejemplo con la firma de la solicitud que, por disposición del Art. 9° de la Ley de tarjetas de crédito en Argentina, no es vinculante ni crea ninguna obligación para el firmante.

En lo que respecta a las solicitudes que emiten algunos bancos en nuestro país, como por ejemplo, el Banco de Finanzas (BDF), los contratos de entidades emisoras, como AVAL-CARD y CREDOMATIC. Y el Contrato de Apertura de Crédito para el uso de la tarjeta de crédito VISA – BANCO NACIONAL y sus respectivas solicitudes en Costa Rica, y a su vez el Contrato de Tarjeta de Crédito en la Argentina; no señalan en ninguno de sus apartados y cláusulas lo relativo al tiempo y lugar en el que quedan concluidos los mismos (*Ver Contratos y Solicitudes en Anexos 4*).

3.7 – Formación del Contrato de Tarjeta de Crédito

En qué tiempo y en qué lugar quedan concluidos los contratos?, la teoría general responde: en el tiempo y en el lugar en que se encuentran las voluntades del ofertante y del aceptante. Si trasladamos esta cuestión al contrato de tarjeta de crédito, corresponde preguntar ¿cuándo se encuentran ambas voluntades?. Pero, para responder es necesario saber previamente a quién le corresponde el rol de ofertante y a quien el de aceptante.

Por nuestra parte pensamos que, el rol de ofertante le corresponde a la entidad emisora, y, esta de más decirlo, el de aceptante, al titular. A partir de allí, diremos que el contrato queda formado o, en otros términos, que la voluntad de ofertante y aceptante se encuentran cuando el titular recibe la tarjeta en el domicilio indicado por él al efecto, y no manifiesta rechazo.

3.7.1 – Requisitos

3.7.1.1 – Sujetos

Los sujetos que se constituyen en “partes” del contrato de emisión, son la **entidad emisora y el usuario titular**.

Respecto del sujeto emisor, no sólo es la entidad emisora que emite, por ejemplo AvalCard, sino que también es tal la entidad bancaria, financiera o comercial que, aunque no emita la tarjeta, es la que asume la obligación de pagar a los proveedores adheridos al sistema, por ejemplo el Banco de América Central (BAC).

Junto al usuario titular se encuentra el usuario adicional, éste no es parte del contrato de emisión aunque puede quedar vinculado con el emisor o con los terceros proveedores si así se estipula expresamente en el respectivo contrato.

3.7.1.2 – Objeto

En general, cabe afirmar que el objeto del contrato de emisión o de Tarjeta de Crédito es el de facilitar e incentivar el consumo de bienes y de servicios, mediante el otorgamiento de créditos a los usuarios. Desde el punto de vista del derecho, tratándose de un contrato creditorio, en el sentido de que sus efectos inciden en el campo de los derechos personales o de crédito, no en el ámbito de los derechos reales, su objeto es el de crear obligaciones a cargo de ambas partes, obligaciones que son recíprocas; de allí su carácter bilateral.

3.7.1.3 – El precio

El contrato de emisión es un contrato oneroso. Las ventajas que recibe el usuario se explican en razón del sacrificio que le es correlativo. Ese sacrificio consiste en el pago del precio (*latu sensu*) en dinero, que es parte (no la más significativa) del lucro que busca obtener el emisor.

3.7.1.4 – La causa – fin

Dicho contrato esta dotado de causa – fin. La causa – fin es esencial, al punto que su frustración determinará su nulidad y, eventualmente, dará derecho al perjudicado para accionar por reparación del daño sufrido, contra aquél que hubiese dado motivo a la frustración.

Para los partidarios del causalismo finalista (la causa – fin es un elemento esencial de los actos jurídicos) se conocen tres corrientes: la del causalismo clásico, según el cual la causa – fin es objetiva, abstracta e idéntica para todos los negocios de la misma especie; la que reivindica el valor de la causa – fin como motivo determinante para la celebración del acto, motivo que será subjetivo, concreto y diferente en cada contrato, aunque sean de la misma especie; y la del causalismo sincrético, que afirma la necesidad de aceptar que tanto

la causa objetiva como la causa – fin motivo, son elementos esenciales de los actos voluntarios.

El sistema tiene tres finalidades, de las cuales se debe precisar aquellas que corresponden al usuario y al emisor, porque las finalidades que persiguen esas “partes”, será la causa – fin del contrato que las vincula.

Respecto del usuario, la finalidad es doble. Por un lado, el uso de la tarjeta le permitirá efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema en los comercios o instituciones adheridos. Por otra parte, el sistema le permitirá al usuario responsable diferir el pago o las devoluciones a la fecha pactada, o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato.

En lo que respecta a la entidad emisora, la finalidad de obtener un lucro será mayor cuanto más cantidad de proveedores y usuarios la misma posea.

La importancia de aceptar que la causa – fin es un elemento esencial del contrato radica en su consecuencia: si es esencial, su frustración determinará la nulidad del contrato y la eventual responsabilidad de la parte que la provoco.

3.7.1.5 – La forma

El contrato es formal, de solemnidad relativa y que la forma requerida es la “**escrita**”.

La forma escrita no sólo es requerida respecto del documento en el que consta el contrato de emisión, sino especialmente respecto del instrumento que se emite en razón de él (la tarjeta de crédito).

3.7.2 – Contenido

3.7.2.1 – Ejemplares. Redacción de las cláusulas

La forma impuesta para este contrato, con carácter de solemnidad relativa, es la escrita. Sus cláusulas, por ende, deben estar contenidas en un documento escrito.

De lo primero que tenemos que partir es que nuestro legislador ha dispuesto que los contratos se redacten claramente y con tipografía fácilmente legibles a simple vista.

Así lo establece nuestra Ley de defensa de los consumidores, en el Capítulo V De la Protección Contractual y del Contrato de Adhesión, en el Art. 22.- los contratos de adhesión deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Estar escritos en idioma español. En las comunidades indígenas que se expresen en lenguas autóctonas, el contrato deberá también estar escrito en sus propias lenguas;
- b) Redactados en términos claros y sencillos;
- c) Legible a simple vista para una persona de visión normal;
- d) No ser remitidos a textos o documentos que no se faciliten al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, cuando tales textos o documentos no sean del conocimiento público¹⁴³.

Reforzando lo antes expuesto, el Reglamento¹⁴⁴ a dicha ley, nos dice en su Art. 99.- *la redacción de estos contratos deberá ser realizada en forma clara y sencilla, de forma tal que pueda ser de fácil comprensión, para el consumidor. Se prohíbe en los contratos de adhesión la utilización de letras más pequeñas de las que puedan ser leídas a simple vista, por una persona con visión normal.*

¹⁴³ Ley N° 182. Ley de defensa de los consumidores. Gaceta Diario Oficial No. 213 de la República de Nicaragua. Lunes 14 de noviembre de 1994.

¹⁴⁴ Decreto A.N. N° 2187 Reglamento a la Ley N° 182 Ley de defensa de los consumidores. Gaceta Diario Oficial No. 169 de la República de Nicaragua. Viernes 3 de septiembre de 1999.

Para la ley de tarjetas de crédito en Argentina¹⁴⁵, en su Art. 7.- **Redacción del contrato de emisión de tarjeta de crédito**. El contrato de emisión de tarjeta de crédito deberá reunir las siguientes condiciones:

- a) Redactado en ejemplares de un mismo tenor para el emisor, para el titular, para el eventual fiador personal del titular y para el adherente o usuario autorizado que tenga responsabilidades frente al emisor o los proveedores;
- b) *El contrato deberá redactarse claramente y con tipografía legible a simple vista;*
- c) *Que las cláusulas que generen responsabilidad para el titular adherente estén redactadas mediante el empleo de caracteres destacados o subrayados;*
- d) Que los contratos tipo que utilice el emisor estén debidamente autorizados y registrados por la autoridad de aplicación.

Según Daniel Reynoso¹⁴⁶, el inciso *b)* es correcto porque contribuye al mejor entendimiento del contrato por parte del usuario.

Lo antes expuesto explica, la necesidad de mitigar los efectos de los formularios preimpresos que suelen ser puestos ante el usuario para que los firme, limitando la posibilidad de que los lea, abrumado por la letra chica.

Por otra parte, quien redacta las cláusulas es el emisor, pues se trata de un contrato concluido por adhesión del titular a las condiciones impuestas por el primero. Es por esta razón que el emisor, deberá entregar tantas copias del contrato como partes intervengan en éste. Las partes del contrato son el emisor y el usuario titular; por ende bastará con que se le entregue una copia al titular para cumplir con este deber. Pero, si el titular decide extender una tarjeta a un usuario adicional o si el emisor le ha exigido un fiador, se deben redactar tantos ejemplares del mismo tenor como usuarios adicionales o fiadores existan.

3.7.2.2 – Cláusulas que debe contener

¹⁴⁵ Ley N° 25.065. Tarjetas de crédito. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁴⁶ Daniel Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Bs. As, Editorial Depalma, 2000. p. 243.

Los contratos de emisión de tarjetas de crédito deben contener, además de los datos personales o de individualización de las partes, constitución de domicilio, etcétera, ciertas y determinadas cláusulas que son “indisponibles” para las partes en razón de su carácter de orden público. Siendo indisponibles, no pueden omitirse. Tales cláusulas son las siguientes:

- I. **Plazo de vigencia.** En primer lugar, se debe consignar el plazo de vigencia del contrato, especificando claramente la fecha en que comienza y la fecha en que cesará la relación contractual. Es decir, se debe consignar el plazo de vigencia de la tarjeta.
- II. **Plazo para el pago de los consumos.** Es también requisito esencial que debe estar incluido entre las cláusulas del contrato, la mención del plazo para el pago de las obligaciones por parte del titular. Este es un contrato de ejecución continuada y de duración, pues sus prestaciones deben cumplirse periódicamente, tanto la obligación del emisor de pagar a los terceros proveedores del titular como la obligación de éste de pagar el precio y los reembolsos al emisor. Por lo tanto, se explica y justifica que se haya decidido que en el contrato se consigne el plazo de pago de esta obligación por parte del titular, pues así sabrá cuando debe pagar cada servicio mensual.
- III. **Porcentual de montos mínimos que debe pagar el titular.** Otro de los requisitos que debe contener el contrato, es la mención del porcentual de montos mínimos de pago conforme a las operaciones efectuadas. Tratándose de un contrato de crédito, entre las obligaciones del emisor se cuentan la de financiar los consumos del usuario. Por ello, al cerrar las operaciones de un período y quedar determinado el monto total que debe pagar el titular, el emisor le propone u ofrece financiarle la suma resultante del resumen, permitiéndole pagar un monto mínimo (individualizado en los resúmenes como pago mínimo) y el resto transferirlo al período siguiente. Como es

obvio, esa financiación insume un costo que el titular tendrá que pagar en intereses.

- IV. **Montos máximos de consumo.** Es requisito y debe formar parte del contenido del contrato, la mención de los montos máximos de compra o locaciones, obras o retiros de dinero mensuales, autorizados al usuario.
- V. **Tasas de interés.** Es un requisito esencial, y debe estar incluida entre las cláusulas del contrato, la expresa mención de las tasas de interés compensatorios o financieros y de intereses punitivos que podrá cobrar el emisor como consecuencia de los créditos acordados al titular.
- VI. **Fecha de cierre contable de operaciones.** El contrato debe incluir una cláusula que haga expresa mención a la fecha de cierre contable de las operaciones. Es también una consecuencia del carácter de ejecución periódica de las obligaciones emergentes del contrato. Como los consumos, y por consiguientes los pagos, se registran período a período, es importante para las partes, y en particular para el usuario, conocer en qué fecha cierra el período contable, pues los consumos que haya verificado hasta esa fecha, serán incluidos en el resumen que deberá pagar en el vencimiento inmediato posterior a la fecha de cierre; así por ejemplo, si el período cierra el 26 de cada mes, los consumos verificados hasta esa fecha deberán ser pagados con el resumen cuyo vencimiento operará en el mes siguiente; en cambio, los consumos realizados con posterioridad a la fecha de cierre serán incluidos en el resumen del mes subsiguiente. Es usual que en los resúmenes se mencionen tanto la fecha de cierre del periodo anterior como la fecha de cierre del próximo periodo.
- VII. **Cargos administrativos que debe pagar el titular.** Con el propósito de que el usuario pueda conocer con exactitud cuáles son los cargos administrativos que deberá pagar como precio por pertenecer al sistema.
- VIII. **Pérdida o sustracción de la tarjeta.** La pérdida o sustracción de la tarjeta puede dar lugar a importantes cuestiones con la responsabilidad de las partes, ante la eventualidad de que, durante el período en que la tarjeta

permanezca extraviada y no se haya denunciado esa circunstancia al emisor, se produzcan consumos que luego el usuario no asuma como propios y se niegue a pagarlos. Si bien esta posibilidad es menor en los casos en que los consumos requieren la prestación de la tarjeta ante el proveedor, porque en tal caso, por hipótesis, debe ser el propio usuario el que firme el cupón, es mayor cuando se realizan compras o consumos mediante pedidos telefónicos, por correo electrónico u otros medios informáticos, pues en estos casos el único requisito es la autorización acordada por el emisor al proveedor, que ni ve ni conoce al usuario.

- IX. **Seguros.** Con el propósito de cubrir el riesgo de no poder cobrar los consumos del usuario en caso de muerte de éste o por la sustracción o pérdida de la tarjeta, el emisor exige la contratación de un seguro, cuya prima debe ser pagada por el usuario, incluyéndose su monto en el resumen respectivo.
- X. **Firma del titular.** Es la materialización de la aceptación por parte del titular en el contrato de emisión de la tarjeta de crédito. Tratándose de un contrato concluido por adhesión del titular a las condiciones y cláusulas predispuestas por el emisor, el hecho que éste último o un representante del mismo firme o no dicho contrato se convierte en una cuestión menor, porque aunque no lo firme, jamás se podrá suponer que el usuario titular ha tenido participación alguna en la configuración del contenido normativo del contrato. Ese contenido, siempre será atribuido al emisor, aunque ningún representante suyo lo haya firmado. El titular sólo podrá hacer uso de su libertad de conclusión, es decir, podrá tomar o dejar el sistema, pero nunca imponer las cláusulas negociales.
- XI. **Comisiones por retiro en efectivo.** Ya se dijo que entre las obligaciones del emisor, en tanto está vinculado con el usuario por un contrato de crédito, se cuenta la de tener dinero en efectivo a disposición del usuario, dinero que éste podrá tomar de las entidades autorizadas o de cajeros automáticos pertenecientes a la red.

- XII. **Consecuencias de la mora.** En el contenido del contrato se debe incluir una cláusula, o más, que establezcan las consecuencias de la mora. De forma general las consecuencias de la mora se establecen en el derecho común, por consiguiente, sólo cabe interpretar que se deben referir ha aquellas consecuencias que, en particular, se quiera hacer recaer sobre el sujeto obligado que incurra en mora. El principal sujeto obligado a pagar es el usuario, pero no se puede descartar que el emisor puede incurrir en mora en alguna de sus obligaciones. Pero como es un contrato concluido por adhesión, lo lógico será que se agrave la situación del usuario moroso.
- XIII. **Una declaración de asunción de deuda.** El contrato también debe contener una declaración en el sentido que los cargos en que se haya incurrido con motivo del uso de la tarjeta de crédito son débitos y deben ser abonados contra recepción de un resumen periódico correspondiente a dicha tarjeta.
- XIV. **Causales de interrupción del contrato.** El contrato debe incluir también en su contenido una mención explícita de las causales de suspensión, resolución y anulación del mismo.

Los Contratos de tarjeta de crédito en nuestro país al ser analizados, hemos podido observar que el clausulado que conforma al mismo está redactado en **letra pequeña**; en algunas ocasiones ha colores, al reverso de la solicitud u oferta, lo cual dificulta la lectura y entendimiento de los mismos (*Ver Contratos y Solicitudes en Anexo 4*).

El Contrato de tarjeta de crédito del Banco de Finanzas, de CREDOMATIC, AVAL-CARD, y de Costa Rica y Argentina; hacen referencia al Estado de Cuenta o resúmenes, pero no mencionan **cuál es el plazo para el pago de los consumos**, sino que se refieren a la **fecha de corte** establecida en los Estados de cuenta o resúmenes (*Ver Estados de Cuenta en Anexo 5*).

Siguiendo siempre dentro del análisis del clausulado de estos contratos. Respecto a los **intereses**, existe una igualdad en lo que concierne al tipo de interés, entre el Contrato de Apertura de Crédito para el uso de la Tarjeta de crédito Visa – Banco Nacional en Costa Rica, y el Contrato de Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito emitido por CREDOMATIC en Nicaragua, respecto a los intereses corrientes y moratorios.

A su vez, en estos contratos no se establece dentro de sus cláusulas el **seguro** que algunas entidades emisoras de tarjetas de crédito le exigen a sus tarjeta-habientes, situación que se exige en Costa Rica y en Argentina por cualquier incidente que pueda ocurrir dentro del Sistema.

3.8 – Características

Para Wayar¹⁴⁷ las características de todo contrato de tarjeta de crédito son las siguientes.

Nominado: porque la Ley de Tarjetas de Crédito en la Argentina, le ha proporcionado un nombre: Contrato de Emisión de Tarjeta de Crédito, establecido en el Capítulo IV de dicha Ley.

Para el caso de Nicaragua, el ordenamiento jurídico no lo ha denominado aún, aunque en la práctica forense se le llame: **Contrato de emisión y uso de Tarjeta de Crédito**, y que a su vez, dicha operación puedan llevarlo a cabo los Banco, de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y grupos financieros¹⁴⁸ y en las consultas a la Superintendencia de Bancos.

¹⁴⁷ Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 92

¹⁴⁸ Ley 314. Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y grupos financieros. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N° 198, 199 – 200 del 18, 19 y 20 de 1999.

Típico: porque posee un régimen legal específico, la Ley lo ha dotado de un régimen legal específico. En relación a nuestro país, no se tiene una regulación específica que venga a regular a las tarjetas de crédito.

Consensual: se perfecciona con el sólo consentimiento de las partes, la conformidad del usuario manifestada por medio de la recepción sin objeciones.

Bilateral: es doblemente bilateral, porque lo es como Acto Jurídico, y como Contrato Creditorio. Como Acto Jurídico, porque intervienen en su perfeccionamiento dos centros de interés: la entidad Emisora, y el Usuario.

Como Contrato Creditorio, relativo a los efectos, ambas partes están recíprocamente obligadas.

Sistematizado: en el sentido de estar integrado a un conjunto de Contratos iguales que, a su vez, se integran con otros conjuntos de Contratos (**Pertenencia y Provisión**).

Oneroso: por la ventaja que recibe una de las partes (por ejemplo: el crédito que obtiene el usuario mediante la Tarjeta) le corresponde un sacrificio correlativo, consistente en el pago de los servicios prestados por el Emisor y el reembolso de los gastos pagados por éste a los Proveedores.

Formal: porque se exige que la voluntad de los contratantes se exprese en una forma determinada, como condición de validez del acto, en este caso se exige la forma escrita, tanto para llenar la Solicitud de Emisión, como para redactar las cláusulas.

Concluido por Adhesión: la conclusión del Contrato, requiere la adhesión del usuario a las condiciones generales predispuestas por el Emisor.

Para Carlos Gherzi¹⁴⁹, pueden ser simplemente estas:

Plurilateral. Del haz de vínculos jurídicos que emanan, nacen obligaciones para cada uno de los sujetos integrantes: entidad, usuario y proveedor. Se podría hablar más convenientemente de tres contratos bilaterales.

Oneroso. Las ventajas que aseguran al contratante son concedidas en virtud de la contraprestación que éste debe satisfacer. La onerosidad se verifica en cada una de las relaciones particulares del sistema.

Consensual. La perfección del negocio acaece al momento de prestar las partes el consentimiento. Desde que el contrato queda concluido comienza a producir sus efectos. Por supuesto, el acuerdo se cumple por etapas: entre la empresa y el cliente, entre la empresa y el comerciante; por último, el mecanismo se pone en marcha cuando el usuario contrata sobre bienes y servicios con el comerciante proveedor.

Conmutativo. El valor de las distintas prestaciones se halla determinado en el momento de la celebración del contrato. Además, se presumen equivalentes.

Atípico. Mas allá de la carencia de una regulación específica la difusión de las tarjetas de crédito en la vida comercial urbana, le ha conferido una verdadera tipicidad social. De ahí su propia naturaleza y dificultad de aplicar subsidiariamente otra figura contractual.

De tracto sucesivo. Los efectos de la suscripción de una tarjeta de crédito se prolongan en el tiempo, esto es, las prestaciones no se agotan simultáneamente, sino que se extienden sus consecuencias durante toda la vigencia del documento.

¹⁴⁹ Carlos Gherzi. *Contratos Civiles y Comerciales*, T II 1992 EN: Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *Las cláusulas de interés en un contrato de tarjeta de crédito*. San José. Ediciones Mundo gráfico, 1997. p. 143 – 144.

No formal. No se exigen formalidades legales, sin perjuicio de los modos probatorios.

De empresa y por adhesión. A consecuencia del giro ordinario del negocio, disponibilidad de crédito y estructura de apoyo, se configura un típico contrato de empresa. La masividad en la demanda determina la creación de condiciones generales a las cuales los clientes se adhieren o no, pero no pueden modificar.

De crédito. asume una función de crédito para el usuario consumidor, al permitirle el aplazamiento en el pago de sus operaciones.

En nuestro país el Contrato de Tarjeta de Crédito se caracteriza por ser un contrato de adhesión a condiciones generales de contratación, atípico e innominado, consensual, oneroso y bilateral.

Capítulo IV. Derechos y Obligaciones de las partes en el Contrato¹⁵⁰

4.1 Derechos del Emisor

4.1.1 Exigir el pago de los Resúmenes o Estados de Cuenta. Pagos mínimos.

El emisor tiene derecho en primer lugar, a cobrar el monto íntegro consignado en el resumen al que se refieren los artos. 22 y 23 de la Ley de Tarjetas de Crédito de la Argentina¹⁵¹. Ello, por cuanto según el derecho común, letra y doctrina del Art. 742 del Código Civil¹⁵², el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales en virtud del principio de integridad.¹⁵³

Pero dicho principio encuentra en este caso, una excepción fundada en la propia naturaleza del sistema: sea que en el contrato se haya incluido una cláusula que permita al

¹⁵⁰ Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Bs. As. 2000. p. 190.

¹⁵¹ Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁵² **Capítulo I** De lo que se debe dar en pago. Art.- 742. *Cuando el acto de la obligación no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor a que acepte en parte el cumplimiento de la obligación.* Código Civil de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Bs. As. Ediciones del País. Edición 2002. **Título XII** De las Obligaciones divisibles e indivisibles. **Capítulo I** De las Obligaciones divisibles. Art.- 673. *Las obligaciones divisibles, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse como si fuesen obligaciones indivisibles. El acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni el deudor a hacerlos.* Código Civil de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Bs. As. Ediciones del País. Edición 2002.

¹⁵³ En el ámbito de la teoría general de las obligaciones, se han dado tres explicaciones tratando de justificar el principio de integridad del pago: **a)**- La teoría de la autonomía de la voluntad, según la cual el pago debe ser completo, porque así lo convinieron las partes (Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXVII. P. 207; Salvat – Galli. *Tratado. Obligaciones en General*, t. II. P. 264). Esta teoría resulta inaplicable a nuestro asunto, en razón del carácter de contrato por adhesión que presenta el de emisión que tratamos en dicho trabajo monográfico. **b)**- La teoría de la intangibilidad, según la cual el pago debe ser íntegro por que si así resulta de la relación de obligación, no le es admitido al deudor alterar los términos o el objeto de la obligación, imponiéndole al acreedor la necesidad de recibir un pago menor, o en fracciones, si éste no acepta (Greco. *Objeto del Pago*. RDCO, 1971 – 1943, opinión que hemos compartido, en general, en Wayar. *Obligaciones*, t. I. P. 379, § 138, b) y c)- La teoría del interés del acreedor, sustentada por Pothier. *Tratado de las Obligaciones*, t. II. P. 199, según la cual el pago debe ser íntegro porque ése es el interés del acreedor. En el caso de las tarjetas, el interés del acreedor puede llevarlo, precisamente, a aceptar pagos parciales porque ése es precisamente su negocio, financiar los consumos, a cambio de un interés compensatorio.

usuario efectuar pagos mínimos (conforme al Arto. 6 inc. c)¹⁵⁴), sea que esa posibilidad le sea acordada por el acreedor, lo cierto es que si en el resumen se fija un monto de pago mínimo (Art. 23 inc. n)¹⁵⁵), el usuario cumple y conserva el crédito, efectuando ese pago mínimo.

Por cierto que el usuario tiene derecho a ese pago mínimo, pero, en rigor, fomentarlo no es ajeno al interés del acreedor (por lo común entidad bancaria o financiera), porque con ello se está lucrando, ya que cobrará los respectivos intereses compensatorios por el saldo cuyo pago el usuario prefirió diferir para el próximo resumen. Pero como es un derecho del titular, por ello se ha dispuesto que no procederá “la aplicación de intereses punitivos si se hubieran efectuado los pagos mínimos indicados en el resumen en la fecha correspondiente¹⁵⁶” (Art. 19); procederán tales intereses sólo en caso de incumplimiento.

Si el titular retrasa sus pagos, también es obvio que el ente emisor, como todo acreedor, tendrá derecho a cobrar intereses por la demora. Lo que no podrá pretender es cobrar un monto fijo como penalidad por mora.

4.1.2 Fijar un límite a la suma disponible

Como está involucrado un “contrato de crédito”, y asumiendo la entidad emisora el rol de parte que proporciona el respaldo financiero a la otra parte, es lógico reconocerle el derecho a establecer el límite del crédito que concede. No sería lógico suponer que es el

¹⁵⁴ **Capítulo IV** Del Contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. Art.- 6. Contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos:
c)- Porcentual de montos mínimos de pago conforme a las operaciones efectuadas. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁵⁵ **Capítulo IX** Del resumen. Art.- 23. Contenido del Resumen. El resumen mensual del emisor o la entidad que opere por su cuenta deberá contener obligatoriamente:

n)- Monto del pago mínimo que excluya la aplicación de intereses punitivos. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁵⁶ **Capítulo VII** De los intereses aplicables al titular. Art.- 19. Improcedencia. No procederá la aplicación de intereses punitivos si se hubieran efectuado los pagos mínimos indicados en el resumen en la fecha correspondiente. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

usuario quien tiene ese derecho a fijar el monto del crédito, su derecho consiste en usar o dejar de usar el dinero que está a su disposición, pero dentro del límite establecido por el dador del crédito¹⁵⁷. Si bien el monto del crédito debe estar prefijado en el contrato (Art. 6 inc. d)¹⁵⁸), es obligación del emisor consignarlo en cada uno de los resúmenes que debe remitir al usuario. El monto del crédito que se otorga puede variar, a criterio del ente emisor, que podrá ampliarlo si el usuario aporta nuevos elementos que permitan medir su capacidad de pago, o bien tomando en consideración la regularidad y puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

4.1.3 Establecer los procedimientos que debe observar el usuario

Al ente emisor, o en su caso al ente administrador, le cabe el rol de organizador del sistema, pues se sitúa en el vértice de las relaciones con los usuarios y los proveedores. A él le corresponde, por un lado, recibir los pagos de los usuarios y, por otro, efectuar los pagos a los proveedores. Es entonces lógico que le corresponda el derecho de establecer los procedimientos a los que unos y otros deberán ajustarse para que el sistema funcione correctamente¹⁵⁹.

En ese marco se inscriben, por ejemplo, su derecho de exigir que siempre los proveedores requieran autorización para aceptar una determinada operación (Art. 37 inc.

¹⁵⁷ El límite de compra o de financiamiento con el cual funcionan las tarjetas de crédito es impuesto al usuario y opera en beneficio del emisor de la tarjeta. El límite se enlaza con la autorización de la operación, que es un recaudo que tiende a asegurar la observancia de esos límites. En consecuencia, el usuario no puede ampararse en el exceso del límite de compra para lograr el rechazo del reclamo del saldo deudor, alegación que, por lo demás, conduciría al absurdo de que la infracción del tope puesto al usuario tuviera como consecuencia exonerarlo de su deuda (CNCom, Sala D, 26/8/96, LL, 1997-B-502).

¹⁵⁸ **Capítulo IV** Del Contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. Art.- 6. Contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos:

d)- Montos máximos de compras o locaciones, obras o retiros de dinero mensuales autorizados. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁵⁹ Lo que no implica desconocer que en la operación con la tarjeta de crédito, puede intervenir una entidad “pagadora” (mencionada en el Art. 2 inc. a LTC) contratada al efecto por la administradora.

*d*¹⁶⁰), y a suspender o inhabilitar la tarjeta del titular que no haya cumplido con la obligación de pagar el resumen.

4.1.4 Exigir la restitución de las tarjetas

Cuando se extingue la relación contractual, el emisor tiene el derecho de exigir la restitución de la tarjeta, pues si el usuario ya no pertenece al sistema no corresponde que conserve en su poder ese instrumento. Esta facultad de exigir la restitución es aún más justificada si la interrupción del vínculo contractual ha tenido lugar antes del vencimientos del plazo de vigencia de la tarjeta.

4.1.5 Suspender el uso de la tarjeta o extinguir el contrato

El ente emisor tiene derecho a suspender el uso de la tarjeta en caso de que el usuario no cumpla con su obligación de pagar el resumen o estado de cuenta. También tiene derecho a resolver o dejar sin efecto el contrato. En tales casos debe incluir en el contrato la mención de las causas en que se puede fundar ese derecho (Art. 6 inc. *ñ*¹⁶¹).

4.1.6 Preparar la vía ejecutiva. Remisión

El emisor tiene la facultad de hacerlo, de conformidad con lo prescrito por las leyes procesales vigentes, pidiendo el reconocimiento judicial de: **a)**- el contrato de emisión de la tarjeta de crédito instrumentado en legal forma y **b)**- el resumen de cuenta que reúna la totalidad de los requisitos legales¹⁶².

¹⁶⁰ **Título II** De las relaciones entre emisor y proveedor. Art.- 37. El proveedor está obligado a:
d) Solicitar autorización en todos los casos. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁶¹ **Capítulo IV** Del Contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. Art.- 6. Contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos:
ñ) Causales de suspensión, resolución y/o anulación del contrato de tarjeta de crédito. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁶² **Título III.** Art. 39. Preparación de la Vía ejecutiva. El emisor podrá preparar la vía ejecutiva contra el titular, de conformidad con lo prescrito por las Leyes procesales vigentes en el lugar en que se acciona, pidiendo el reconocimiento judicial de:

De acuerdo con esto observamos lo siguiente:

- a) Si bien, en principio, para preparar la vía ejecutiva, el reconocimiento del contrato y del resumen deberá limitarse a la existencia de la deuda, su cuantía y su exigibilidad, el titular demandado tiene derecho a poner de manifiesto cualquier circunstancia que constituya omisión de requisitos legales del contrato, pues una omisión de tal naturaleza significaría la pérdida de la vía ejecutiva¹⁶³.
- b) Tratándose de un contrato concluido por adhesión del titular a condiciones predisuestas por el emisor, en el acto de reconocimiento se podrá cuestionar la validez de aquellas cláusulas abusivas contra el demandado, pues es un derecho del titular verificar que el contrato cumpla con los requisitos legales.
- c) Se tendrá en cuenta que el titular pudo haber hecho uso del derecho de impugnar el resumen, en cuyo caso, al momento de ser citado a reconocimiento podrá negarse a reconocer el resumen fundando la negativa en la impugnación que antes hubiese formulado¹⁶⁴. Ello, aun cuando en su

a) El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito instrumentado en legal forma.

b) El resumen de cuenta que reúna la totalidad de los requisitos legales.

Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁶³ Art. 41. Pérdida de la preparación de la vía ejecutiva. Sin perjuicio de quedar habilitada la vía ordinaria, la pérdida de la preparación de la vía ejecutiva se operará cuando:

b)- Se omitan los requisitos contractuales previstos en esta Ley. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁶⁴ **Título III.** Art. 39. Preparación de la Vía ejecutiva. El emisor podrá preparar la vía ejecutiva contra el titular, de conformidad con lo prescrito por las Leyes procesales vigentes en el lugar en que se acciona, pidiendo el reconocimiento judicial de:

a) El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito instrumentado en legal forma.

b) El resumen de cuenta que reúna la totalidad de los requisitos legales.

Por su parte el emisor deberá acompañar:

a) Declaración jurada sobre la inexistencia de denuncia fundada y válida, previa a la mora, por parte del titular o del adicional por extravío o sustracción de la respectiva tarjeta de crédito.

b) Declaración jurada sobre la inexistencia de cuestionamiento fundado y válido, previo a la mora, por parte del titular, de conformidad con lo prescrito por los artículos 27 y 28 de esta Ley.

Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

momento el emisor haya rechazado las impugnaciones y el titular no hubiera planteado la acción judicial pidiendo la nulidad de ese instrumento.

4.1.6.1 *Declaraciones que debe acompañar el emisor*

Además de presentar el contrato y el resumen, el emisor deberá acompañar los siguientes elementos:

- Declaración jurada sobre la inexistencia de denuncia fundada y válida, previa a la mora, por parte del titular o del adicional por extravió o sustracción de la respectiva tarjeta de crédito (Art. 39 párrafo 2° inc. *a*). Se ha querido evitar que el emisor pretenda la ejecución de un resumen confeccionado no obstante la denuncia por pérdida o extravió formulada por el titular.
- Declaración jurada sobre la inexistencia de cuestionamiento fundado y válido, previo a la mora, por parte del titular, de conformidad con lo prescrito por los Arts. 27 y 28 de la LTC¹⁶⁵ (Art. 39 párrafo 2° inc. *b*). Cobra aquí importancia la fecha en que el titular incurre en mora, pues ésta se vincula con la de recepción del resumen y su eventual envío tardío. Así, puede suceder que el titular no reciba el resumen con la antelación de cinco

¹⁶⁵ Art.- 27. Recepción de Impugnaciones. El emisor debe acusar recibo de la impugnación dentro de los siete (7) días de recibida y, dentro de los quince (15) días siguientes, deberá corregir el error si lo hubiere o explicar claramente la exactitud de la liquidación, aportando copia de los comprobantes o fundamentos que avalen la situación. El plazo de corrección se ampliará a sesenta (60) días en las operaciones realizadas en el exterior.

Art.- 28. Consecuencias de la impugnación. Mientras dure el procedimiento de impugnación, el emisor

- a) No podrá impedir ni dificultar de ninguna manera el uso de la Tarjeta de Crédito o de sus adicionales mientras no se supere el límite de compra.
- b) Podrá exigir el pago del mínimo pactado por los rubros no cuestionados de la liquidación.

Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

días a la fecha de pago a que se refiere el Art. 25¹⁶⁶; si bien tendrá abiertos los canales de comunicación telefónica o electrónica para conocer el resumen, el vencimiento de la fecha de pago no importará la mora automática del deudor, pues ello equivaldría a privarlo del derecho de impugnar y, en su caso, a privarlo del derecho de oponerse a la preparación de la vía ejecutiva.

En los que respecta a los Contratos de tarjeta de crédito en Nicaragua, no se establece el procedimiento que deben de seguir los Emisores de las tarjetas para demostrar la existencia de mora y proceder en la vía ejecutiva, sino que, en algunos contratos se establecen ciertas cláusulas relativas al procedimiento y leyes aplicables para este tipo de casos. Por ejemplo, las cláusulas 23 y 24 del Contrato de Tarjeta de Crédito del BDF, y la cláusula XXIII de CREDOMATIC (*Ver dichas cláusulas en Anexo 4*).

4.2 Obligaciones del Emisor

4.2.1 Mantener la vigencia del sistema

Es obligación del ente emisor mantener el funcionamiento del sistema y asegurar que el usuario pueda disponer del crédito mediante la utilización de la tarjeta durante todo el periodo de su vigencia. En caso de que esta obligación no se cumpla, el usuario tiene derecho a demandar la indemnización del perjuicio concreto que hubiese sufrido como consecuencia de una suspensión del servicio o de una inhabilitación injustificada o arbitraria. Pero, para que tal responsabilidad sea impuesta al emisor, las causas de

¹⁶⁶ Art.- 25. Tiempo de recepción. El resumen deberá ser recibido por el titular con una anticipación mínima de cinco (5) días anteriores al vencimiento de su obligación de pago, independientemente de lo pactado en el respectivo contrato de Tarjeta de Crédito.

En el supuesto de la no-aceptación del resumen, el titular dispondrá de un canal de comunicación telefónico proporcionado por el emisor durante las veinticuatro horas (24) del día que le permitirá obtener el saldo de la cuenta y el pago mínimo que podrá realizar.

La copia del resumen de cuenta se encontrará a disposición del titular en la sucursal emisora de la tarjeta.

Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

Gonzalo F. Zamora Morales

Héctor R. López Toruño

suspensión o interrupción del sistema deben ser atribuibles a él, funcionando al respecto las eximentes de responsabilidad propias del derecho común.

Pero si las causas que provocaron los daños resarcibles al usuario son atribuibles a los proveedores o comercio adherido, por ejemplo, un deficiente cumplimiento de las obligaciones de éstos, el emisor no tendrá ninguna responsabilidad por esos daños¹⁶⁷.

La ley de tarjetas de crédito de Argentina, rompe con la estructura de conexidad contractual propia de la naturaleza del sistema.

¿Es posible computar como una obligación del emisor, la de entregar la tarjeta? Se ha dicho que es la obligación por excelencia del emisor¹⁶⁸.

Para nosotros, creemos en cambio, que es necesario atender lo siguiente:

- I. En la etapa de formación del contrato, cuando se firma la solicitud de emisión, e incluso, después que el solicitante ha firmado el documento en el que constan las cláusulas, no se puede decir que el emisor, ni siquiera esta obligado a firmar el documento¹⁶⁹, por el sólo hecho de haber ingresado la solicitud y demás documentos firmados, está obligado a entregar la tarjeta; por dos sencillas razones: **A)**- Tiene el emisor derecho a verificar, previamente, si el solicitante cumple con los requisitos exigidos; si no los

¹⁶⁷ Título IV Disposiciones Comunes. Art.- 43. Controversias entre el titular y el proveedor. El emisor es ajeno a las controversias entre el titular y el proveedor derivadas de la ejecución de las prestaciones convenidas salvo que el emisor promoviere los productos o al proveedor pues garantiza con ello la calidad del producto o del servicio. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁶⁸ Para Paolantonio, esta obligación la da por descontado, pues dice: *Es sin dudas, la obligación por excelencia del emisor, atento a la función legitimante del instrumento*. Régimen Legal de la Tarjeta de Crédito. p. 46 EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Bs. As. 2000. p. 195.

¹⁶⁹ **Capítulo IV** Del Contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. Art.- 6. Contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos:

k) Firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora.

Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

cumple, no emitirá la tarjeta y no tendrá responsabilidad por ello; y **B)**- No hay todavía contrato de emisión definitivo, recordemos que lo que firma el futuro usuario de la tarjeta es una simple solicitud, un precontrato con algunos puntos del Contrato definitivo.

- II. Aun después que el emisor aprueba la solicitud y acepta emitir la tarjeta, firmando los ejemplares “del contrato¹⁷⁰”, todavía no se ha perfeccionado el contrato de emisión; siempre se está en la etapa de formación del contrato de emisión. A lo sumo, con la aceptación de la solicitud se habrá celebrado un contrato **preliminar unilateral**, vinculante sólo para el emisor y es respecto de este preliminar, que se puede afirmar que el emisor está obligado a entregar la tarjeta.

Por consiguiente la obligación de entregar, en suma, no tiene como fuente el contrato de emisión definitivo, sino uno preliminar unilateral sólo está obligado el emisor, en tanto el solicitante podrá, todavía, rechazar la tarjeta negándose a celebrar el definitivo, negativa que no le acarreará responsabilidad alguna.

Una vez que el contrato ha sido concluido, con la recepción y aceptación de la primera tarjeta por el usuario, sí se puede decir que el ente emisor tiene la obligación de entregarla, en dos supuestos:

- a) Cuando debe efectuar una reposición por denuncia de robo, pérdida o destrucción del instrumento.
- b) Cuando esté obligado a prorrogar la vigencia de la tarjeta y no exista causal de rescisión o extinción del contrato; en tal caso, antes de que expire el plazo de vigencia de la anterior debe entregar la nueva tarjeta.

¹⁷⁰ **Capítulo IV** Del Contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. Art.- 6. Contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos:

k) Firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora.

Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

Gonzalo F. Zamora Morales

Héctor R. López Toruño

4.2.2 Remitir el Resumen mensual y el presunto deber de cooperar del usuario

El emisor deberá confeccionar y enviar mensualmente un resumen detallado de las operaciones realizadas por el titular o sus autorizados o adicionales. Este resumen se deberá enviar al domicilio que indique el titular.

Ahora bien, si el resumen no llega y el usuario no efectúa el pago en término ¿quién incumplió, y en su caso, quién incurrió en mora?

A. Tesis de la Mora del Acreedor

A partir de que el emisor está obligado a enviar el resumen se podría sostener que el incumplimiento de esa obligación importaría la mora del acreedor. La tesis es insostenible, porque para que el acreedor quede inmerso en mora se requiere como condición y requisito esencial que el deudor formule ofertas reales de cumplimiento y que tales ofertas sean rechazadas por el acreedor¹⁷¹. Sostener que el emisor está en mora, como acreedor, por haber omitido el envío del resumen es llevar las cosas demasiado lejos, pues tal omisión de ninguna manera podría ser asimilada a un rechazo de una oferta de pago, con la circunstancias agravante de que esa oferta, por hipótesis, no ha existido.

B. Tesis de la Mora del Deudor por falta de cooperación

Descartada la posibilidad de que pueda haber mora del acreedor, la doctrina y la jurisprudencia llevaron la respuesta al otro extremo. Se dijo, en efecto, que aun no habiendo recibido el resumen, el deudor está en mora por el sólo vencimiento del plazo de pago, porque era su deber de cooperación, llegarse hasta la sede del ente emisor o del banco y

¹⁷¹ La situación jurídica de Mora es la situación anormal de retraso en el cumplimiento, por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor, o éste rehúsa las ofertas reales que se formulan, y que subsisten mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil.

retirar de allí una copia del resumen. Si no retiraba la copia del resumen se entendía que violaba ese deber de cooperación y, como sanción, se le consideraba constituido en mora¹⁷².

Si se nos formulará la pregunta sobre dichas tesis, diríamos que ninguna de las dos nos es convincente; como resulta imposible considerar al acreedor en mora si quien primero incumple es el propio acreedor por el sólo hecho de no haber cumplido con su deber de enviar el resumen, tampoco es admisible considerar al deudor en mora cuando quien primero incumplió, por hipótesis, es el propio emisor¹⁷³. La situación que se presenta es la de simple retardo, sin consecuencias para el deudor.

Trataremos de demostrarlo con los siguientes argumentos:

- I. En primer lugar los requisitos de la situación de mora, según se origine en la in conducta del deudor (*mora solvendi*) o en la falta de colaboración del acreedor (*mora accipiendi*). Desde la óptica del primero se requiere que haya retardo, que el retardo le sea imputable y que quede constituido en mora (por interpelación o por el transcurso del tiempo). Respecto del acreedor, habrá mora de su parte, cuando no coopere con la liberación del deudor, que esa falta de cooperación le sea imputable y que haya rechazado ofertas reales de pago formuladas por el deudor¹⁷⁴.
- II. En la dinámica de la mora, por regla general es el acreedor quien debe cooperar para facilitar la liberación del deudor, y no al revés. El deudor tiene la obligación de cumplir, por eso cuando no cumple se presume que su incumplimiento le es imputable, porque también se esta presuponiendo que el acreedor ha prestado la cooperación debida. Cuando se afirma que es el

¹⁷² Tal, opinión la sostiene Muguillo. Tarjetas de crédito. p. 152, § 41.

¹⁷³ Esta opinión la retoma Paolantonio. Régimen Legal de la Tarjeta de Crédito. p. 88 s.s. Compartimos los fundamentos que expone este autor, quien además, y con todo acierto, pone el acento en resolver el dilema, no sólo bajo las normas de la LTC, que considera ambiguas e imprecisas, sino también bajo la invocación de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

¹⁷⁴ Cano. La Mora. p. 19 y 43; Espín Casanovas. Manual de Derecho civil español. t. III. p. 204; Díez – Picazo – Guillén. Sistema de Derecho privado. t. II. p. 155 n° 13. EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Bs. As. 2000. p. 199.

deudor quien está obligado, además de pagar, a prestar cooperación para que el acreedor pueda cobrar, se está subvirtiendo aquella regla.

- III. Cuando el usuario no ha recibido el resumen, aun suponiendo que el emisor no estaba obligado a remitirlo, cabe decir de todos modos y sin hesitación que quien no ha cooperado es el acreedor.
- IV. Si como consecuencia de la no-cooperación del acreedor, el deudor no cumple en tiempo oportuno, debe entenderse que ese retraso no le es imputable y, por lo tanto, faltando ese requisito, no se le puede considerar incurso en mora¹⁷⁵. La obligación ingresa en una situación de simple retardo, sin consecuencias para el deudor.
- V. Analizando las reglas de la Ley de Tarjetas de Crédito en la Argentina, interpretamos que: *a)* el envío del resumen es una obligación impuesta al emisor; *b)* si bien el emisor debe poner a disposición del usuario un canal de comunicación telefónica, u otros medios durante las veinticuatro horas para que éste pueda informarse sobre el estado de su cuenta, esto no debe ser interpretado como una dispensa de la obligación de emitir y enviar resúmenes¹⁷⁶; *c)* el uso de los canales de comunicación es un derecho del usuario, que se debe reconocer en el marco de la **obligación de informar** que le corresponde al emisor; *d)* el envío del resumen no sirve únicamente a los fines del pago, sino también para el eficaz control de los cargos por parte del usuario, como lo demuestra el hecho de que se le ha reconocido por la Ley el derecho de impugnación¹⁷⁷; *e)* por lo tanto, dispensar al emisor del deber de enviar el resumen e imponerle al usuario el deber de concurrir a retirarlo importa agravar la situación jurídica del solvens, cuando el principio general ordena lo contrario, y *f)* la tecnología está al servicio, en

¹⁷⁵ Es importante la opinión de Vocos. La mora en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, *Prudentia Iuris*, n° 7, Agosto 1982. p. 93. Si bien este autor trata el tema de la mora por la tesis que le impone la carga de la prueba al acreedor, sus reflexiones resultan aplicables al asunto que tratamos en el texto. EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Bs. As. 2000. p. 199.

¹⁷⁶ Art. 25 párrafo 2° Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁷⁷ Art. 26 – 30 s.s. Ley N° 25.065 Ley de Tarjetas de Crédito. Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

primer lugar, del emisor, y por ende a él le corresponde asegurarse de que el resumen o estado de cuenta llegue al deudor en tiempo oportuno.

- VI. Por otro lado, la Ley de Defensa del consumidor disipa cualquier duda. Si en el contrato se incluyen cláusulas que inviertan la obligación y dispongan que debe ser el deudor quien debe agotar los medios para la obtención del resumen, esas cláusulas estarán alcanzadas por el Art. 37 de la LDC¹⁷⁸, y deben ser declaradas nulas¹⁷⁹.
- VII. Por último, cuando decimos que el deudor incurre en simple retardo queda claro que, superada la causa optativa, el pago debe verificarse de inmediato, aunque sin cargar sobre el deudor las consecuencias de la mora. Si superado el obstáculo no cumple, entonces sí sobrevendrá su constitución en mora.

4.2.2.1 Partes que debe contener el Resumen o Estado de cuenta¹⁸⁰

Constituye una novedad la regla que establece la Ley de tarjetas de crédito de la Argentina, en su artículo 23¹⁸¹, el cual impone un contenido obligatorio al resumen mensual y, establece algunas prohibiciones omitidas al regular el contrato de emisión de tarjeta de crédito. Según la regla del citado artículo, el resumen deberá contener obligatoriamente, los siguientes datos:

I. Identificación del emisor y del Banco o entidad que opere en su nombre

Acá se debe de aclarar que la calidad de “emisor” corresponde también al banco o entidad financiera que opera en su nombre. El resumen identifica la marca de la tarjeta, del sistema y el nombre del emisor. Cuando el último ha designado una entidad

¹⁷⁸ Ley 24.240 Defensa del Consumidor. Sanción: 1993/09/22; Promulgación: 1993/10/13; Publicación: B. O. 1993/10/15.

¹⁷⁹ Paolantonio. Régimen Legal de la tarjeta de crédito. p. 91 EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y Defensa del Usuario. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Bs. As. 2000. p. 200.

¹⁸⁰ Carlos Gilberto Villegas. Tarjeta de Crédito. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza. Arg. 1999. p. 358.

¹⁸¹ Art. 23 de la Ley 25.065 Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

coparticipante que a su vez emite el resumen, el coparticipante debe también identificarse en él, conforme a la norma de la Ley de Tarjetas de Crédito de la Argentina¹⁸².

II. Identificación del titular y usuarios adicionales autorizados por el titular

Los resúmenes que se utilizan en esta operatoria estaban dirigidos al titular y discriminaban los gastos por el nombre de los distintos usuarios de la tarjeta, de modo tal que esta regla no modificó los usos y prácticas que se habían venido haciendo por costumbre.

III. Fecha de cierre contable del resumen actual y del cierre posterior

Se ha hecho una práctica tal requisito, el cual a su vez queda vigente en dicha Ley. La relación entre el usuario y el emisor es una contratación de cuenta. La fecha de cierre contable del resumen es la fecha de cierre del periodo de registración de operaciones, en la cual la entidad que ejerce el rol administrador efectúa la liquidación de la cuenta por compensación de asientos deudores y acreedores y obtener el saldo¹⁸³.

IV. Fecha en que se realizó cada operación

También se ha hecho una práctica constante individualizar las operaciones con número de cupón, fecha de compra, proveedor o comercio adherido al sistema que intervino en la operación, e importe, de manera que la regla de este inciso como la de los anteriores no incorpora novedad alguna.

¹⁸² Daniel Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Ediciones Depalma. Bs. As. 2000. p. 286.

¹⁸³ Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Ediciones Depalma. Bs. As. 2000. p. 287.

V. Número de identificación del cupón o constancia con que se instrumentó la operación

Existen varias críticas a este inciso, nosotros exponemos la del Doctor en Derecho Mercantil, Daniel Gerardo Reynoso¹⁸⁴.

“Por *constancia* la ley refiere vagamente al *cupón* o a cualquier medio material, cuando tal medio existe, mediante el cual se comunica la operación cursada a la entidad que ejerce el rol administrador. Debe recordarse que no siempre ni necesariamente una operación cursada se comunica por un medio material. Tal forma vaga e imprecisa de referir la constancia de operación confirma que el *cupón* no es un instrumento jurídico autónomo ni esencial en las relaciones comerciales y contractuales de los participantes en el sistema ni es soporte legal de la eventual deuda del usuario”.

VI. Identificación del proveedor o comercio adherido

Debe señalarse que existe costumbre en plaza de que propietarios de varios negocios comerciales diferentes, emiten cupones utilizando el nombre de uno de ellos, lo que lleva a impugnaciones inoficiosas por inadvertencia del usuario. Este es un aspecto que debe ser tenido en cuenta por las entidades emisoras en su regulación con los proveedores, a fin de prohibir esas prácticas.

VII. Importe de cada operación

Se debe de individualizar las operaciones imputadas en el resumen. Qué debemos entender por importe de cada operación? Se debe entender por tal, el importe del asiento que se registra, con el signo deudor o acreedor que le corresponda¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Ediciones Depalma. Bs. As. 2000. p. 287.

¹⁸⁵ Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Ediciones Depalma. Bs. As. 2000. p. 288.

VIII. Fecha de vencimiento del pago actual, anterior y posterior

En este sentido se debe entender que en la práctica se hace la indicación del vencimiento actual, el anterior y el posterior, de la fecha de vencimiento de pago del saldo de la cuenta corriente mercantil del usuario, cuando tal saldo es deudor para el usuario¹⁸⁶.

IX. Limite de compra otorgado al titular y autorizados adicionales

El limite de compra implica en realidad el tope máximo de la apertura de crédito otorgada por el emisor al titular y que éste y los usuarios adicionales pueden usar en sus compras, locaciones y retiros de efectivo.

X. Monto hasta el cual el Emisor otorga crédito

Este es otro limite distinto del anterior y no es en realidad un monto del crédito, sino del financiamiento que el emisor o entidad que actúa en su nombre, está dispuesto a otorgar al titular.

XI. Tasa de interés compensatorio pactado que el emisor aplica a los montos financiados

Se aplica en la plaza local la práctica de fijar en cada resumen mensual los tipos de intereses que aplicará el banco o entidad financiera para el período siguiente, sobre las financiaciones que otorgue al titular. Tal práctica deberá variar, porque la obligación de convenir la tasa de interés compensatorio está impuesta para el contrato (Art. 6° inc. e¹⁸⁷).

¹⁸⁶ Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Ediciones Depalma. Bs. As. 2000. p. 288

¹⁸⁷ **Capítulo IV** Del Contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. Art.- 6. Contenido del contrato de emisión de tarjeta de crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos:

e)- Tasas de intereses compensatorios y financieros.

Gonzalo F. Zamora Morales

Héctor R. López Toruño

Los intereses no podrán ya fijarlos unilateralmente el emisor como se hacía hasta la sanción de la Ley 25.065, sino que integran el plexo contractual¹⁸⁸.

XII. Fecha a partir de la cual se aplican los intereses compensatorios

En primer lugar podemos decir que es el resumen mensual donde se apreciaran estos intereses. Dicha norma se vincula con el Art. 20 de la Ley 25.065¹⁸⁹ que fija las pautas para efectuar los cálculos.

XIII. Tasa de interés punitivo pactado por saldos impagos y fecha desde la cual se aplica

Estos intereses se deben de pactar en el contrato sobre la tasa de intereses punitivos a aplicar. Esta regla modifica también la práctica anterior que se venía haciendo, por lo que, junto con la anterior deberá ser observada por los bancos, que no cumplirán ya con la Ley con la referencia en el resumen o estado de cuenta.

XIV. Monto de pago mínimo que excluye la aplicación de intereses punitivos

El tema relacionado al monto mínimo de compras que el titular debe pagar, cuando el emisor otorga financiamiento. En realidad no se trata de un monto que excluya la aplicación de los intereses punitivos como dice la norma, porque esos intereses proceden en caso de mora en el pago con relación a la fecha de vencimiento fijada en cada resumen, el pago mínimo sólo indica que el resto será financiado y sobre tales montos se aplicarán intereses compensatorios.

¹⁸⁸ Carlos Gilberto Villegas. Tarjetas de Crédito. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza. Arg. 1999. p. 361.

¹⁸⁹ Art. 20.- Compensatorios o financieros. Los intereses compensatorios o financieros se computarán:

- a) Sobre los saldos financiados entre la fecha de vencimiento del resumen mensual actual y la de del primer resumen mensual anterior donde surgiera adeudo
- b) Entre la fecha de la extracción dineraria y la fecha de vencimiento del pago del resumen mensual
- c) Desde las fechas pactadas para la cancelación total o parcial del crédito hasta el efectivo pago
- d) Desde el vencimiento hasta el pago cuando se operasen reclamos, no aceptados o justificados por la emisora y consentidos por el titular.

Ley 25.065 Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

Gonzalo F. Zamora Morales

Héctor R. López Toruño

XV. Monto adeudado por él o los períodos anteriores, con especificación de la clase y monto de intereses devengados, con expresa prohibición de capitalización de los intereses

Este inciso de la Ley 25.065, obliga a las entidades financieras a discriminar sobre los saldos adeudados los intereses aplicados. Pero lo más importante es la prohibición que consagra en su parte final, que completando la establecida en el Art. 18, incluye tanto a los intereses punitorios como a los compensatorios¹⁹⁰.

XVI. Plazo para impugnar el resumen en lugar visible y caracteres destacados

Este inciso completa la regla del Art. 26 de la Ley 25.065¹⁹¹ que fija el plazo de impugnación en treinta días. Lo que prescribe es la obligación de que en un resumen se haga constar, de modo expreso, ese plazo.

XVII. Monto y concepto detallado de todos los gastos a cargo del titular, excluidas las operaciones realizadas por éste y autorizadas

Este inciso se refiere a los cargos mencionados en los incisos *h)* y *j)* del Art. 6°. Y la exclusión de las operaciones realizadas es obvia porque sobre ellas disponen los incisos IV, V, VI y VII de este artículo 23 que exponemos.

Respecto al **domicilio de envío**¹⁹², según los comentarios de Carlos Gilberto Villegas:

¹⁹⁰ Art. 18.- Interés Punitorio. El límite de los intereses punitorios que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del cincuenta por ciento (50%) a la efectivamente aplicada por la institución financiera o bancaria emisora en concepto de interés compensatorio o financiero. Independientemente de lo dispuesto por las Leyes de fondo, los intereses punitorios no serán capitalizables. Ley 25.065 Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁹¹ Art. 26.- Personería. El titular puede cuestionar la liquidación dentro de los treinta (30) días de recibida, detallando claramente el error atribuido y aportando todo dato que sirva para esclarecerlo por nota simple girada al emisor. Ley 25.065 Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁹² Art. 24 de la Ley 25.065 Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

“el emisor debe enviar el resumen al domicilio que indique el titular en el contrato o el que hubiera indicado posteriormente en forma fehaciente. Esta regla se vincula con otra que es usual en todos los contratos, de constituir un domicilio especial para su ejecución y la complementaria previsión de que el mismo se considerará subsistente en tanto no se notifique a la otra parte su modificación en forma fehaciente¹⁹³”.

El resumen o estado de cuenta, deberá ser recibido por el titular con una anticipación mínima de cinco días anteriores al vencimiento de su obligación de pago, con independencia de lo pactado entre las partes. Esta regla es de clara orientación de tutela de los intereses de los usuarios de este servicio y obligará a las entidades bancarias y financieras a tomar las medidas necesarias para efectuar con debida antelación el envío de los resúmenes.

Las entidades emisoras tendrán como segunda obligación, la de poner a disposición de los usuarios del servicio de tarjetas de crédito una línea telefónica durante las veinticuatro horas del día que les permita obtener el saldo de su cuenta y el pago mínimo que debe realizar.

Una tercera obligación, será conservar una copia del resumen a disposición de sus clientes en la sucursal que emitió la tarjeta”.

En la Argentina, se daba una situación muy peculiar, los bancos y las instituciones financieras, utilizaban una cláusula según la cual si el usuario no recibe en término el resumen debe pasar a retirarlo al banco, obligación convencional que la jurisprudencia había aceptado, como se desprende del siguiente fallo¹⁹⁴:

“La cláusula del contrato de emisión de una tarjeta de crédito, que impone la obligación del titular de retirar la liquidación mensual de la sede de la emisora si no la recibiere, resulta jurídicamente válida”.
CNCom., Sala D, octubre 9 – 1987, JA. 1989 – I – 665; LL. 1989 – D – 173; ED. 10 – 07 – 90, Pág. 3 n° 18.

Debemos entender que dicha cláusula, no es válida ahora ante un régimen legal que impone el envío obligatorio y la puesta a disposición del usuario de un canal telefónico complementario. Especialmente dado el carácter de orden público que la misma Ley 25.065

¹⁹³ Carlos Gilberto Villegas. Tarjetas de Crédito. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza. Arg. 1999. p. 364.

¹⁹⁴ Carlos Gilberto Villegas. Tarjetas de Crédito. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza. Arg. 1999. p. 365.

impone a este régimen (Art. 57¹⁹⁵) lo que priva de validez a cláusulas como la antes mencionada (Arto. 21 del Código Civil¹⁹⁶).

Para finalizar, referimos entrevistas, dadas por el Licenciado Cesar Ordóñez, Gerente de Ventas de CREDOMATIC y la Licenciada Cristhian Santamaría INTERBANK CARD, referente a los derechos y deberes de las entidades emisoras¹⁹⁷.

Para el Licenciado Cesar Ordóñez, Gerente de Ventas de CREDOMATIC, Nicaragua, los derechos de la entidad emisora o financiera son los siguientes:

- La entidad emisora o banco(s) tiene derecho a cobrar intereses por el avance que otorgue hasta el pago del respectivo estado de cuenta y una comisión fija independientemente del monto solicitado
- Tiene la prerrogativa de renovar o no la tarjeta vencida, revocar su vigencia anticipadamente o suspender el derecho a utilizarla
- Al cobro de la cuota periódica que cobra al usuario (titular de la tarjeta) para que este pueda tener derecho a utilizar el crédito
- A rescindir el contrato. Esta rescisión no debe ser intempestiva, debiendo pagar las compras efectuadas antes de la rescisión. Es decir que para dichas compras deberá pagar al comerciante adherido no notificado, y deberá respetar el plazo otorgado al usuario para el pago de la factura
- Exigir ejecutivamente el saldo acreedor derivado del resumen de cuenta remitido al cliente, para lo cual el emisor debe preparar la vía ejecutiva con los resúmenes de cuentas corrientes, el contrato de emisión de cuenta corriente y los comprobantes de las compras o los reconocimientos de los servicios firmados por el cliente

¹⁹⁵ Art. 57.- Orden Público. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público. Ley 25.065 Sancionada: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

¹⁹⁶ Art. 21.- Las Convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las Leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Código Civil de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Ediciones del País. 2002. Bs. As. Arg.

¹⁹⁷ Contrato de uso y emisión de tarjetas de crédito. Monografía. Francis Jeannette Martínez Ruiz. Managua – Nicaragua, junio 1999. p. 37.

- Tiene derecho a aumentar y disminuir el monto del crédito convenido en el documento que contiene la apertura de crédito en forma unilateral y sin expresión de causa. Puede también, poner término al crédito convenido y enviarle al titular un listado de cuentas haciéndole de su conocimiento que tiene una deuda y la debe de cancelar, en el tiempo estipulado en el contrato.

Por otro lado las obligaciones de toda entidad emisora, inclusive los bancos, son las siguientes:

- A entregar la nueva tarjeta de crédito al titular, nuevo tarjetahabiente, para que la pueda utilizar
- De suspender el uso de la tarjeta de crédito y/o cancelar exigiendo su inmediata devolución del usuario. Cuando el titular sigue utilizando la tarjeta de crédito durante el plazo vencido, cuando existen falsificaciones de firmas continuamente, cuando el tarjetahabiente indica dirección de su domicilio, siendo este ficticio. La suspensión de la tarjeta de crédito queda a discreción de la empresa emisora.
- Enviar al tarjetahabiente el estado de cuenta mensualmente
- A conceder el crédito del titular de la tarjeta en el tiempo y por el monto acordado
- A pagar las compras efectuadas por el tarjetahabiente a los establecimientos Afiliados, compras o servicios requeridos que implican “usar el crédito”
- A entregar los avances en efectivo solicitados por el titular de la tarjeta
- Avisar a los comerciantes o establecimientos afiliados de las pérdidas de las tarjetas de crédito a fin de que no se pueda seguir operando en las mismas.

4.3 Derechos del Usuario¹⁹⁸

4.3.1 Pertenece al Sistema

Cabe reiterar que después de la aceptación de la tarjeta, el usuario concluye el contrato con el emisor, y a partir de allí pertenece al sistema y se puede decir que, en general, tiene derecho a sus beneficios¹⁹⁹.

4.3.2 Usar el Crédito que se le concede

Se trata de un crédito que ya está a disposición del usuario, que éste podrá utilizar; ya adquiriendo bienes o servicios, ya obteniendo anticipos de dinero en efectivo.

4.3.3 Derecho a ser informado

Uno de los derechos fundamentales del usuario es el de recibir de la otra parte la información necesaria del funcionamiento del sistema y de cómo ejercer sus propios derechos. Dicho derecho, como correlativa obligación que le cabe al emisor, está alcanzado por la propia *Ley de tarjetas de Crédito en la Argentina* y la *Ley de Defensa de los Consumidores*, la *Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor en Costa Rica* y nuestra *Ley de Defensa de los Consumidores*.

4.3.4 Impugnar las liquidaciones

Le cabe al titular el derecho de impugnar las liquidaciones.

Para Roberto A. Muguillo²⁰⁰ dicho derecho debe consistir y partir de lo siguiente:

¹⁹⁸ Ernesto C. Wayar. *Tarjeta de Crédito y defensa del usuario*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 177.

¹⁹⁹ Ernesto C. Wayar. *Tarjeta de Crédito y defensa del usuario*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 177.

“Va se suyo que el cumplimiento de una obligación consistirá en dar, hacer, o no hacer el deudor aquello a que se obligó en la convención. En el caso de la tarjeta de crédito, tenemos básicamente dos obligaciones principales, que comportan pagos. Una, de la entidad emisora, de efectivizar a favor del proveedor adherido el total de las liquidaciones remitidas, y otra, del usuario, de pagar la liquidación de gastos efectuados durante el período que se factura.

En primer lugar, obvio resulta decirlo, pero el pago oportuno e íntegro del usuario sustenta todo el sistema operativo de la tarjeta de crédito, y es la tutela de ese crédito y la propia defensa de ese funcionamiento lo que nos moviliza hacia los cobros forzosos con habilitación de vía ejecutiva.

En segundo lugar, la interpretación de la época o plazo de cumplimiento debe atenerse a las condiciones del acuerdo de adhesión, que, por lo común se reducen a dos: *a*) la obligación de abonar mensualmente o por los períodos que se acuerden el monto de la liquidación remitida, y *b*) la obligación de tomar el deudor conocimiento directo de la liquidación dentro de un lapso determinado para el supuesto de que no sea recibida, lapso que generalmente es el mismo que el anterior.

El mencionado inciso *a*) es generalmente el lapso dentro del cual se pueden impugnar las cuentas presentadas, pues de lo contrario, deberá considerarse tal plazo que para ello prevé el Art. 73 del Código de Comercio²⁰¹ (un mes). Es obvio que, en caso de impugnación, toda observación deberá ser específica, precisa y determinada so pena de no ser tomada en consideración²⁰².

En esa línea de pensamiento y por aplicación del Art. 509 del Código Civil²⁰³, se entendió que, tratándose de una deuda originada por la utilización de una tarjeta de crédito, la mora se producía

²⁰⁰ Roberto A. Muguillo. Tarjeta de Crédito. 2º edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 1994. p. 119.

²⁰¹ **Capítulo IV** De la Rendición de cuentas. Art. 73.- El que deja transcurrir un mes, contando desde la recepción de una cuenta, sin hacer observaciones, se presume que reconoce implícitamente la exactitud de la cuenta, salvo la prueba contraria, y salvo igualmente la disposición especial a ciertos casos. Las reclamaciones pueden ser judiciales o extrajudiciales. Código de Comercio de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Ediciones del País. 2002. Bs. As. Arg.

²⁰² Segovia. Exposición y crítica del Código de Comercio. t. I. p. 81 y también nota 274. Es sorprendente, como, en 1933, se advertía la necesidad de una celeridad en el comercio, cuando muchas veces hoy parece que muchas interpretaciones jurisprudenciales llevan a su demora, esto es lo contrario de la celeridad y agilidad negocial. EN: Roberto A. Muguillo. Tarjeta de Crédito. 2º edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 1994. p. 120.

²⁰³ Art. 509.- En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su sólo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiera plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de responsabilidades derivadas de la mora, el

automáticamente, de conformidad con las condiciones generales de emisión de la tarjeta, al no partir de la recepción del resumen o liquidación de cuenta; y desde ese momento procederán los recargos convenidos por tal concepto.

Así es que se ha llegado a sostener, que habiéndose estipulado que la emisora remitirá un resumen de los gastos que el usuario hubiera realizado, la obligación de pago se torna exigible una vez que aquella circunstancia se hubiera producido y el usuario aceptando la pertinente liquidación, ya que a partir de esa oportunidad podría controlar los gastos realizados en el periodo y saber en qué tiempo afrontar el pago. No producido ese hecho, no requerido fehacientemente, la mora del deudor se producirá con la notificación de la demanda. Las liquidaciones no impugnadas en el tiempo previsto en las condiciones generales deberán ser consideradas aceptadas.

Resulta válida y legítima la cláusula del contrato por adhesión por la cual se impone al usuario la carga de impugnar los resúmenes de cuentas, dentro de un cierto plazo, así como también que su incumplimiento transforme el saldo en definitivo, pero ello no impide que los rubros de la liquidación puedan ser cuestionados y observados a tenor de lo establecido por el Art. 790 del Código de Comercio²⁰⁴, no correspondiendo sobredimensionar el carácter definitivo acordado a los resúmenes²⁰⁵.

4.3.5 Rescindir el contrato o renunciar a la prórroga

La teoría general enseña que un contrato, por su fuerza obligatoria y su intangibilidad, no puede ser modificado ni menos aún dejado sin efecto por decisión de una de las partes. Esa regla, sin embargo, cede cuando el contrato en cuestión ha sido concluido por adhesión de una de las partes a las condiciones impuestas por la otra, como ocurre en nuestro caso. La Ley de Tarjetas de Crédito de la Argentina, ha decidido acordarle al usuario el derecho de rescindir el contrato. Hablamos de rescisión, por que ésta es una forma de extinción del contrato que opera para el futuro, y añadimos que es legal porque el derecho proviene de la Ley misma, razón por la que tendrá vigencia aunque en el contrato

deudor debe probar que no le es imputable. Código Civil de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Ediciones del País 2002. Bs. As. Arg.

²⁰⁴ **Título XII** De la cuenta corriente. **Capítulo I** Cuenta Corriente mercantil. Art. 790.- La acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de calculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, se prescribe por el término de cinco (5) años. En igual término prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por un año o en periodos más cortos. Código de Comercio de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Ediciones del País 2002. Bs. As. Arg.

se diga lo contrario. Tiene carácter unilateral porque sólo depende de la voluntad de una de las partes: el usuario.

4.3.6 Reposición de la Tarjeta en caso de robo, pérdida o deterioro

En caso de robo, deterioro o cuando por cualquier otra causa que no sea inhabilitación, el usuario queda imposibilitado de usar la tarjeta, tiene derecho a que el emisor le reponga el instrumento. Esto es una consecuencia de la obligación de éste de asegurar al titular la utilización de los servicios que presta el sistema.

Por las mismas razones por las que tiene derecho a la reposición el usuario tiene derecho de ser rehabilitado en caso de que el servicio le haya sido suspendido sin justificación razonable.

4.3.7 Iniciar acciones por reparación de daños, aún cuando la tarjeta hubiese sido cancelada.

El Art. 49 de la Ley de tarjetas de crédito de la Argentina, la cancelación de la autorización para utilizar la tarjeta por parte de emisor, no impide “que el titular pueda iniciar las acciones civiles y penales para obtener la indemnización correspondiente y para que se apliquen las sanciones penales pertinentes”.

Como se ve, el texto pretende reconocerle al usuario el derecho de plantear acciones civiles o penales.

4.3.8 Recibir el resumen. Remisión

A propósito de la obligación de enviarlo al domicilio del titular que le cabe al emisor.

4.4 Obligaciones del Usuario²⁰⁵

4.4.1 Pagar el monto de los resúmenes

La principal obligación que asume el titular es la de pagar el monto que se consigna en los resúmenes que, mes a mes, le remite el emisor. Es la principal obligación, porque sin su cumplimiento el sistema no puede funcionar. Desde la perspectiva del emisor, su obligación de mantener el funcionamiento del sistema tiene su *causa – fin, objetiva, abstracta e idéntica* en todos los casos, en la obligación del titular de pagar el resumen.

4.4.2 Asumir responsabilidades por el uso e inversiones efectuadas

Cabe aquí discriminar entre titular y usuario adicional. El primero asume la principal obligación de pagar los gastos y consumos, y los de las personas a quienes se les hayan extendido tarjetas adicionales. Luego, ambos, el titular y los adicionales, están obligados a usar la tarjeta acorde con la finalidad del instrumento, ajustándose a las limitaciones impuestas por el contrato y, en general, a asumir plena responsabilidad por su uso.

4.4.3 Reservar la “**clave**” de su código de identificación personal y respetar las normas de seguridad

Para la utilización de la tarjeta por medios electrónicos, por ejemplo, para tener acceso a los cajeros automáticos, o para tener acceso a los canales de comunicación telefónica, el emisor le asigna a cada usuario un “**código de identificación personal**” (*personal identification number – PIN –*) que constituye una información estrictamente reservada. También se la llama “clave de acceso personal” (CAP) o “clave de identificación telefónica” (CIT). Estas claves son generadas por medios electrónicos en condiciones tales

²⁰⁵ Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y defensa del usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 186.

que el único que puede conocerlas es el usuario. Es más, según lo informan los propios bancos, estas claves, luego de ser generadas, se borran y no quedan registradas en los archivos electrónicos del banco emisor. De allí la obligación del usuario de mantener la debida reserva sobre su clave, porque su conocimiento o utilización por terceras personas puede causarle perjuicios, que deberá luego asumir.

4.4.4 Denunciar de inmediato la pérdida o robo de la tarjeta

Entre las obligaciones del usuario, se cuentan la de denunciar de inmediato, en cuanto le sea posible, la pérdida, robo o sustracción de sus tarjeta, para que el sistema pueda inhabilitarla y sacarla del circuito, evitando así su posible utilización por terceros desconocidos.

4.4.5 Limitar sus gastos al importe que resulte de la autorización o crédito que se le concede

De acuerdo con la capacidad de pago de los usuarios, los entes emisores otorgan créditos ilimitados o limitados. En el caso de estos últimos, que son los más, en las cláusulas del contrato se debe consignar los montos máximos de compras o locaciones, obras o retiros de dinero mensuales autorizados. Es obligación del usuario limitar sus consumos a esos montos, cuya variación le será informada en los resúmenes mensuales. Cuando el usuario se haya excedido y pretenda concretar una nueva operación, y el proveedor requiera la autorización se le informará que no autoriza el consumo, y con ello se estará evitando un exceso aún mayor. Esta obligación tiene sentido porque sólo así se justifica que el emisor pueda cobrar una determinada suma en tal concepto (cuando se ve precisado a atender un crédito mayor que el que le ha otorgado al usuario).

En los Contratos de Tarjeta de Crédito emitidos en nuestro país, expresamente no se señalan cuáles son los derechos y obligaciones de ambas partes en dicha relación contractual, sin embargo en atención a la naturaleza y la forma de redacción de los mismos,

se puede observar que el Emisor y el Tarjeta-habiente están dotados de los derechos y obligaciones anteriormente señalados, a excepción del derecho a la información, del cual el usuario de la tarjeta no goza, debido a que las entidades emisoras pretenden otorgar la información referente al Sistema (ha que va adherirse el usuario) por medio de solicitudes y ofertas, los cuales (dichos documentos) no otorgan una información detallada, veraz, clara y efectiva respecto al Sistema de tarjetas de crédito.

Una vez expuestos los derechos y obligaciones de las partes más importantes en la operación de tarjeta de crédito, analizaremos lo establecido en el Anteproyecto de Ley de tarjetas de crédito en Nicaragua.

En primer lugar podemos decir que en dicho cuerpo normativo, la entidad emisora carece de derechos, no la dota de derechos en la relación contractual, sólo establece las obligaciones que tiene ésta con el proveedor o comercio adherido y con el usuario de dicho instrumento.

En segundo lugar, los derechos que posee el usuario en dicho anteproyecto de ley, son mercedores de una crítica; ya que siendo el usuario uno de los principales sujetos para la operatoria de esta relación contractual, no lo dota del derecho fundamental de ser informado por parte del emisor de todo lo que tenga que ver con el uso de la tarjeta de crédito.

Como a su vez tampoco lo dota del derecho de impugnación de los estados de cuenta o resúmenes que le remita la entidad emisora.

El usuario de la tarjeta, tampoco podrá rescindir el contrato o renunciar a la prórroga, ya que no se contempla como derecho, ni se establece en ninguna norma de dicho anteproyecto de Ley. Simplemente habla de “reclamos”, dejando abierta la posibilidad de interpretación el legislador, al lector instruido en derecho²⁰⁶.

²⁰⁶ Capítulo V Derechos y Obligaciones del usuario titular. Artículo 16. Derechos del usuario titular
Gonzalo F. Zamora Morales
Héctor R. López Toruño

No tiene derecho, en los casos de robo, extravió o deterioro a la reposición de la misma. Mas bien se le contempla como una obligación y responsabilidad del mismo la pérdida, robo o extravió de la misma²⁰⁷.

En caso de deterioro de la tarjeta de crédito, el usuario debe avocarse a la entidad emisora, para que ésta pueda reponerle con otra la ya deteriorada, sólo cuando se da la expiración de la tarjeta, opera el cambio por parte de la entidad emisora.

A su vez, dicho cuerpo de ley no lo dota del derecho de iniciar acciones por reparación de daños, aún cuando la tarjeta hubiere sido cancelada sin justificación alguna.

En tercer lugar, podemos notar que en dicho anteproyecto de ley, las obligaciones que debe efectuar el usuario de la tarjeta son mucho más completas que las antes expuestas en el derecho comparado y la doctrina. Por ejemplo, el artículo 17 nos habla de las siguientes obligaciones del usuario²⁰⁸:

- a. Pagar las liquidaciones periódicas por el uso que haga de la tarjeta de crédito.
- b. Denunciar la pérdida o sustracción de la tarjeta de crédito.
- c. Respetar los límites del crédito.
- d. Identificarse para controlar que quien usa la tarjeta es, su titular.
- e. Notificar inmediatamente cualquier modificación de su domicilio.
- f. Firmar el comprobante del servicio presentado por el proveedor y entregado a éste por la entidad emisora.
- g. Entregar información verdadera sobre sus ingresos, bienes y referencias al emisor.

C- A que en caso de reclamo, se le muestren los comprobantes que amparan el cobro. Proyecto de Ley sobre Tarjetas de Crédito. Managua, mayo 12 de 1999.

²⁰⁷ Capítulo V Derechos y Obligaciones del usuario titular. Artículo 18. Pérdida o extravió de la tarjeta de crédito. En caso de pérdida, o extravió de la tarjeta, el usuario o titular de la misma deberá informar al emisor inmediatamente de conocido el hecho, y será responsable por el uso de la tarjeta en un lapso de ocho (8) horas después de reportada la pérdida, sin perjuicio de las responsabilidades que le correspondan al proveedor. Proyecto de Ley sobre Tarjetas de Crédito. Managua, mayo 12 de 1999.

²⁰⁸ Capítulo V Derechos y Obligaciones del usuario titular. Artículo 17. Obligaciones del usuario titular. Proyecto de Ley sobre Tarjetas de Crédito. Managua, mayo 12 de 1999.

Una vez señalados los derechos y obligaciones de las principales partes en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, es importante hacer relación al hecho de que existe una gran similitud entre los derechos del tarjeta-habiente como usuario y los derechos de los consumidores. Dicha similitud se aprecia no solamente, comparándolo con nuestra Ley de Defensa de los consumidores, sino también con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor de Costa Rica; la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España.

El motivo de que sean similares obedece a la protección de los intereses económicos, que como tal tiene derecho el usuario de la tarjeta o consumidor de bienes y servicios.

Hay que estar claro, que los intereses económicos del consumidor se protegen en aquellos campos en que exista al menos una potencial participación del mismo, por ejemplo, las inversiones accionarias en Bolsa, las contrataciones bancarias, las contrataciones mercantiles atípicas como el contrato de tarjeta de crédito, el leasign, el contrato de tiempo compartido, la compra venta a plazos, compraventa fuera de establecimientos mercantiles, las contrataciones a distancia, pero no limitados a esos casos²⁰⁹.

Dicha protección, de los intereses económicos, se concreta, según Gómez Calero²¹⁰, en tres momentos diferentes, que son:

- I. La fase previa, constituida por las actividades de promoción que realizan los empresarios para conseguir que sus productos o servicios sean adquiridos por los consumidores y usuarios

²⁰⁹ Evelyn Salas Murillo – Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La Cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José, Costa Rica. Imprenta Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1997. p. 36.

²¹⁰ Gómez Calero Juan. Los Derechos de los Consumidores y Usuarios. 1994. p. 73 – 74. EN: Evelyn Salas Murillo – Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La Cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José, Costa Rica. Imprenta Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1997. p. 36.

- II. La fase de realización misma de los contratos, que no es sino el momento de conclusión o perfeccionamiento de éstos, y
- III. La fase posterior a la realización del contrato²¹¹.

Por ejemplo, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor en Costa Rica, establece en sus artículos los siguientes derechos para el consumidor²¹²:

Artículo 29.- Derechos del consumidor. Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor los siguientes:

- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales
- c) El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio
- d) La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación
- e) La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección
- f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.

²¹¹ Bercovitz Rodríguez – Cano, señala que el derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica se ha incorporado a la Ley General para la Defensa de los Consumidores de forma inexplicable, dado que, además de no quedar contemplado en el artículo 51 de la Constitución, la finalidad primordial de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios es la protección de los derechos de los consumidores que queda establecida de antemano en la propia exposición de motivos de la Ley General, donde tampoco figura. Bercovitz Rodríguez Cano A. *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios*. E.C. número 3. p. 38 citado por Reyes López, op. cit. P. 44 EN; Evelyn Salas Murillo – Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. *La Cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito*. San José, Costa Rica. Imprenta Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1997. p. 37.

²¹² Ley de Promoción de la competencia y Defensa efectiva del consumidor y su Reglamento. Investigaciones jurídicas S.A. 4º edición. San José, Costa Rica. Marzo de 2002.

Igualmente el Art. 30 de dicho cuerpo de Ley²¹³, establece las funciones del poder ejecutivo, en las cuales se puede apreciar la obligación que este poder tiene para con los consumidores.

Artículo 30.- Funciones del Poder ejecutivo. En los términos establecidos en la presente ley, son funciones esenciales del Estado las siguientes:

- b) Formular programas de educación e información para el consumidor, con el propósito de capacitarlo para que pueda discernir y tomar decisiones fundadas acerca del consumo de bienes y servicios, con conocimiento de sus derechos.
- c) Fomentar y promover las organizaciones de consumidores y garantizar su participación en los procesos de decisión y reclamo, en torno a cuestiones que afectan sus intereses.
- d) Garantizar el acceso a mecanismos efectivos y ágiles de tutela administrativa y judicial, para defender los derechos y los intereses legítimos de los consumidores.

A su vez, los comerciantes, deberán tener presentes las siguientes obligaciones para con los consumidores, de acuerdo al **artículo 31** de dicho cuerpo de Ley²¹⁴:

- a) Respetar las condiciones de la contratación
- b) Informar suficientemente al consumidor, en español, de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo. Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, cuando corresponda, las características de los bienes y servicios, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto, la góndola o el anaquel del establecimiento comercial y de cualquier otro dato determinante. De acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de la presente Ley, cuando el producto que se vende o el servicio que se preste se pague al crédito, deben indicarse, siempre en forma visible, el plazo, la tasa de interés anual sobre saldos, la base, las comisiones y la persona física o jurídica, que brinda el financiamiento, si es un tercero.
- d) Suministrar, a los consumidores, las instrucciones para utilizar adecuadamente los artículos e informar sobre los riesgos que entrañe el uso al que se destinan o el normalmente previsible para su salud, su seguridad y el medio ambiente.

²¹³ Ley de Promoción de la competencia y Defensa efectiva del consumidor y su Reglamento. Investigaciones jurídicas S.A. 4º edición. San José, Costa Rica. Marzo de 2002.

²¹⁴ Ley de Promoción de la competencia y Defensa efectiva del consumidor y su Reglamento. Investigaciones jurídicas S.A. 4º edición. San José, Costa Rica. Marzo de 2002.

- f) Informar cuando no existan en el país servicios técnicos de reparación o repuestos para un bien determinado.
- h) Abstenerse de acaparar, especular, condicionar la venta y discriminar el consumo.
- i) Resolver el contrato bajo su responsabilidad, cuando tenga la obligación de reparar el bien y no la satisfaga en un tiempo razonable.
- j) Fijar plazos prudenciales para formular reclamos.
- k) Establecer, en las ventas a plazos, garantías de pago proporcionales a las condiciones de la tramitación.
- m) Cumplir con lo dispuesto en las normas de calidad y las reglamentaciones técnicas de acatamiento obligatorio.
- ñ) Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado. En los casos de ventas masivas, se faculta al Ministerio de Economía, Industria y Comercio para autorizar el establecimiento de otros sistemas mediante los cuales se compruebe la compra.
- o) Apegarse a la equidad, los buenos usos mercantiles y a la ley, en su trato con los consumidores.

Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato.

El incumplimiento de alguna de las obligaciones enumeradas en este artículo. Faculta al interesado para acudir a la Comisión nacional del consumidor creada en esta Ley, o a los órganos jurisdiccionales competentes y para hacer valer sus derechos, en los términos que señala el artículo 43 de la presente Ley.

Asimismo, podemos hacer mención de la adición hecha a esta Ley, del artículo 41 que trata de las obligaciones de los emisores de tarjetas de crédito para con sus usuarios.

Artículo 41 bis.- Tarjetas de crédito. Además de las disposiciones del artículo 39 de esta Ley, los emisores de tarjetas de crédito deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Entregar, al firmar el contrato, un folleto explicativo que precise el mecanismo para determinar la tasa de interés, los saldos promedios sujetos a interés, la fórmula para calcularlos y los supuestos en los que no se pagará dicho interés.
- b) Presentar explícitamente, en los estados de cuenta, el desglose de los rubros que el usuario debe pagar. En rubros separados deben mantenerse el principal, los intereses financieros, los

- c) intereses moratorios, los recargos y las comisiones, todos correspondientes al respectivo período del estado de cuenta.
- d) Mostrar la tasa de interés cobrada en el período.
- e) Informar a sus tarjetahabientes, en el estado de cuenta inmediato posterior, acerca de las modificaciones del contrato original y los adenda o anexos para que puedan determinar si mantienen la relación contractual o no. Si el tarjetahabiente no mantiene la relación contractual, el emisor sólo podrá cobrar el pasivo pendiente con la tasa de interés vigente previa a la modificación propuesta por el emisor.

Conforme a lo dispuesto en el inciso *b)* del artículo 30 de esta Ley, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio estará obligado a publicar trimestralmente, en los medios de comunicación colectiva de mayor cobertura, un estudio comparativo de tarjetas de crédito que incluya como mínimo: tasas de interés financieras y moratorias, comisiones y otros cargos, beneficios adicionales, cobertura, plazos de pago y grado de aceptación. (Adicionado mediante Ley N° 7854 de 14 de diciembre de 1998, publicada en la Gaceta N° 7 de 12 de enero de 1999).

Por otro lado, la Ley de Defensa del consumidor en la Argentina²¹⁵, nos establece que uno de los derechos más importantes de los consumidores es la información, a como lo establece el artículo 4 de dicha ley:

Art. 4° - Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

Así mismo el artículo 60 de dicho cuerpo de ley²¹⁶, nos establece la obligación que tiene el Estado en establecer planes educativos dirigidos a los consumidores.

Art. 60. – Planes educativos. Incumbe al Estado nacional, las provincias y municipalidades, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas,

²¹⁵ Ley 24.240 Defensa del Consumidor. Sanción: 1993/09/22; Promulgación: 1993/10/13; Publicación: B.O. 1993/10/15. Ley de Defensa del Consumidor – con notas de Gabriel Stiglitz. Serie de textos actualizados LA LEY con doctrina y jurisprudencia. 1993.

²¹⁶ Ley 24.240 Defensa del Consumidor. Sanción: 1993/09/22; Promulgación: 1993/10/13; Publicación: B.O. 1993/10/15. Ley de Defensa del Consumidor – con notas de Gabriel Stiglitz. Serie de textos actualizados LA LEY con doctrina y jurisprudencia. 1993.

debiendo propender a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de esta Ley.

Según Mosset Iturraspe²¹⁷ con cita de Lorenzetti, que: “*la información es el tema, el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge y regula*”²¹⁸.

La información es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde las preliminares hasta la extinción del contrato.

Lo que hasta acá nos presente este capítulo es un breve pantallazo de todas aquellas normas que, integrando el gran espectro de la defensa del consumidor, se refieren especialmente a la tarjeta de crédito.

El Art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor en la Argentina, nos establece el derecho a ser informado, conque cuenta el consumidor o usuario. A su vez el Art. 36 determina que *bajo pena de nulidad*, en las operaciones de crédito deberá consignarse “*el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiere y monto total financiado a pagar*”²¹⁹.

²¹⁷ Mosset Iturraspe J. Defensa del Consumidor. Santa Fe, 1998. p. 21. EN: Mario Alberto Bofanti. Derechos del Consumidor y del Usuario editorial: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina. 2001. p. 95.

²¹⁸ La información actual, especialmente la mediática, apabulla al ser humano que, incluso, circunstancialmente no quiere consumir. Depende del individuo, exclusivamente, estar informado o a medias o des – informado; no de la norma. La información puede ser el rumor o la noticia; importante distingo. Por ejemplo, en los mercados bursátiles. El poder informativo actual de Internet es fabuloso y se ignora qué puede hacer el Derecho al respecto.

²¹⁹ Ley 24.240 Defensa del Consumidor. Sancionada: 22/9/93; Promulgada parcialmente: 13/10/93; Publicada B.O.: 15/10/93. Art. 36.- En las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios deberá consignarse, bajo pena de nulidad: el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiere y monto total financiado a pagar. El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta Ley.

La norma anteriormente expuesta, y plasmada en dicho cuerpo de Ley, es similar en esencia a la *Fair Credit Billing Act* de los Estados Unidos de Norteamérica (1974), es a nuestro criterio aplicable al sistema de liquidación periódica de los consumos de tarjeta de crédito, a fin de permitir al usuario un adecuado conocimiento de su situación crediticia, las alternativas de cancelación o financiación que tiene, sus gastos, etc.

Como a modo de garantizar un adecuado y pleno derecho de elegir, la normativa de defensa del consumidor en el Capítulo V. (Art. 19²²⁰) de la Ley de Defensa del Consumidor Argentina, prevé la obligación de todo prestador de servicios (podemos entender un servicio de cuenta y de crédito en este sistema) de “*respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos tales servicios*”. Esta norma debe correlacionarse con la establecida en el Art. 8° (Capítulo III, sobre la oferta y venta), en el sentido que “*las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión, obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor*²²¹”.

En definitiva lo que se busca con esta correlación de derechos, entre el consumidor y usuario de la tarjeta de crédito, es evitar el abuso del prometer publicitario, por ejemplo, a medio cumplir o no cumplido en la posterior contratación, actitud ésta que suele ser común en las grandes ofertas publicitadas por los más importantes medios de comunicación masiva.

²²⁰ Art. 19.- Modalidades de prestación de servicios. Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

²²¹ Art. 8° - Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

Por consiguiente, el objetivo de ambos cuerpos de leyes es el mismo, evitar los abusos a que pueda estar expuesto el consumidor por parte del proveedor de bienes y servicios, y el usuario de la tarjeta de crédito, frente al emisor de las mismas.

Resolución SC 1187/84²²²

Establécese para las entidades emisoras de tarjetas de crédito o de compra la obligatoriedad de informar a sus usuarios los derechos que le otorga dicho instrumento de pago.

Artículo 1º - Las entidades emisoras de tarjetas de crédito o de compra deberán informar como mínimo con una periodicidad semestral a los usuarios de las mismas mediante publicidad o propaganda, los derechos que les otorga la tarjeta como instrumento de pago, y en especial:

- a) Precio al que tiene derecho a adquirir los bienes ofrecidos
- b) Si los comerciantes adheridos al sistema están obligados a vender por ese sistema la totalidad de sus productos o servicios que ofrecen al público
- c) Si la adquisición con el sistema de tarjetas obliga al usuario a consumir o comprar por un monto mínimo

Artículo 2º - Todo comerciante o prestador de servicios que haya quedado contractualmente desvinculado de algún sistema de tarjetas de compra o de crédito, deberá retirar de su establecimiento en forma inmediata, los logotipos identificatorios correspondientes a dicha tarjeta.

Artículo 3º - Las infracciones a la presente resolución serán sancionadas conforme a las previsiones de la Ley 22.802.

Artículo 4º - Deróganse las res. SC 300/84 y 373/84.

Artículo 5º - La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial.

Artículo 6º - [De forma].

²²² Dictado el 13/12/84 (BO, 3/1/85) EN: Roberto A. Muguillo. Tarjeta de crédito. 2º edición actualizada y ampliada. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 1994. p. 296.

Para la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España²²³, son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- f) La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado.

La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.

Asimismo son nulos, los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil español²²⁴.

Uno de los derechos más preciados que contempla la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, es el derecho a la información, el cual queda establecido en el Art. 13 de dicho cuerpo de ley, nosotros presentamos un extracto donde se señala tal derecho.

Art. 13. 1. Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz, y suficiente sobre sus características esenciales²²⁵ (...)

²²³ Código de Comercio y Leyes Complementarias. CIVITAS, Biblioteca de Legislación. Vigésima tercera edición actualizada a Septiembre 1999. España.

²²⁴ **Capítulo Primero** Ámbito de Aplicación y derechos de los consumidores. Art. 2 Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (BOE núm. 176, de 24 de julio).

²²⁵ **Capítulo IV** Derecho a la información. Art. 13 Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (BOE núm. 176, de 24 de julio).

En lo que respecta la situación de nuestro país, Nicaragua, en el Art. 12 de la Ley de Defensa de los Consumidores²²⁶, se establecen los derechos de los mismos:

Art. 12 Los consumidores tienen derecho a:

- b) Educación para el consumo
- c) Una información veraz, oportuna, cierta y adecuada sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado
- d) Un trato equitativo y no abusivo por parte de los proveedores de bienes y servicios
- e) Una reparación integral, oportuna y adecuada de los daños y perjuicios sufridos y que sean responsabilidad del proveedor
- f) Exigir el cumplimiento de las promociones y ofertas cuando el proveedor no cumple
- h) Acceder a los órganos administrativos o judiciales correspondientes para la protección de sus derechos y legítimos intereses
- j) Reclamar a las instituciones del Estado la negligencia por los servicios públicos prestados y que hayan producido un daño directo al consumidor
- k) Estar protegido con relación a su vida, su seguridad y sus bienes, cuando haga uso de los servicios de transporte, acuático y aéreo, todo a cargo de los proveedores de estos servicios que tienen que indemnizarlos cuando fueren afectados.

Igualmente el Artículo 13 de dicho cuerpo de ley, nos dice:

Todo proveedor de bienes brindará al consumidor información clara, veraz y suficiente al menos sobre las siguientes características:

- a. Composición, finalidad y aditivos utilizados
- b. Cantidad de productos
- c. Fecha de producción y vencimiento del producto
- d. Instrucciones e indicaciones para su uso
- e. Advertencia, riesgos e incompatibilidades con otros productos

²²⁶ Ley No. 182. Ley de Defensa de los Consumidores. Gaceta Diario Oficial N° 213 de la República de Nicaragua. Managua, lunes 14 de Noviembre de 1994.

A su vez, el Reglamento de nuestra Ley²²⁷, consagra el derecho a recibir información y educación por parte del Estado, en el Capítulo VII, Art. 45, el cual reza así:

Art. 45. Para garantizar el derecho de los consumidores a una información y educación adecuada para el consumo de bienes y servicios, la Dirección de Defensa del Consumidor (DDC) y el Ente Regulador competente deberán:

- a) Vigilar que los proveedores de bienes y servicios hagan sus ofertas, con la información cierta y adecuada en español; en las Regiones Autónomas deberá ir en las lenguas de las distintas etnias, sobre sus características esenciales, tales como su origen, naturaleza, peso neto, aditivos, componentes, precio al consumidor en moneda de curso legal, fecha de elaboración o fabricación y caducidad. Esta disposición incluye a los productos importados, de conformidad con la norma técnica de cumplimiento obligatorio correspondiente, según se establece en la Ley de Normalización Técnica y Calidad.
- b) Supervisar que el proveedor exponga de forma clara los precios, en moneda de curso legal, de los productos y servicios que ofrezcan al consumidor, haciendo diferencias en el monto establecido para ellos, así como los impuestos y cargas tributarias que por Ley le corresponde pagar al consumidor.

Se exceptúan de esta disposición, aquellos servicios que por su naturaleza no pueden ser valorados con anticipación.

- c) Exigir que en el caso de los proveedores que ofrezcan al consumidor productos usados, reconstruidos o con alguna deficiencia de fabricación, se informe también al consumidor en forma clara y precisa, haciendo constar lo anterior en la factura o en el contrato de compra.
- d) Cuidar que la garantía de los bienes y servicios, deba enumerarse en la información de producto.
- e) Realizar acciones de divulgación informativa que orienten y eduquen al consumidor sobre los mercados, para lo cual podrá solicitar el concurso o participación de las asociaciones o agrupaciones de consumidores.

²²⁷ Reglamento a la Ley No. 182 Ley de Defensa de los Consumidores. Decreto A.N. No. 2187. Gaceta Diario Oficial No. 169 de la República de Nicaragua, Managua, viernes 3 de septiembre de 1999.

La información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentas de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por su inexactitud.

Cuando el proveedor falte a la veracidad y no pueda cumplir lo ofrecido, será responsable frente al consumidor a quien se deberá resarcir los gastos ocasionados y en su caso, del pago de los daños y perjuicios.

Capítulo V. Las Cláusulas contractuales abusivas

5.1 ¿Qué es una Cláusula abusiva?

Para comenzar a abordar este capítulo es necesario que se empiece con una definición sobre lo que debe entenderse como una cláusula abusiva, su alcance y el por qué es abusiva, así como su naturaleza.

Para nosotros, una cláusula abusiva se caracteriza, entre muchas otras razones, porque “desnaturalizan” (alteran, desfiguran) el vínculo obligacional, el que presupone dos centros de interés (dos partes sustanciales).

Cuando nosotros hablamos de “**desnaturalización de la relación obligacional**”, debe entenderse de la siguiente manera o sentido:

- Por aplicación de una o más cláusulas predisuestas, se amplíen los derechos del predisponente.
- Se atribuyan en su favor, la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida.
- O por las que se reduzca o supriman sus cargas u obligaciones.
- O desde la perspectiva inversa, cuando se amplíen las cargas u obligaciones del adherente.
- O se supriman o modifiquen en su contra, sus derechos.

Sumando todo lo anterior, resulte un desequilibrio de los derechos y las obligaciones de tal entidad, que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Una vez dejada planteado nuestra opinión, daremos una mirada a lo que establece el derecho comparado, específicamente aquellas legislaciones que regulan dicho tema, tanto por una ley como por normas establecidas en sus códigos civiles o mercantiles.

Para la legislación argentina, específicamente la Ley de Defensa del consumidor, en el Art. 37 nos habla de los términos abusivos y las cláusulas con esa misma naturaleza²²⁸.

*Se deben de considerar términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes*²²⁹.

Desde el punto de vista hermenéutico según el cual la interpretación es la que domina la Ley, y no la Ley a la interpretación, tenía que conducir casi inevitablemente a un nuevo intento por parte de los juristas de buscar orientación en la discusión filosófica sobre los valores, ya que ‘no hay nada que ponga más en peligro la independencia del Juez que la inseguridad de no saber qué está vinculado’²³⁰.

Para los abogados argentinos, no resulta exagerado la relevancia que le dan a la interpretación de la Ley, por considerar esta parte de la Ley de Defensa del Consumidor como de máxima importancia.

²²⁸ **Capítulo IX** – De los términos abusivos y cláusulas ineficaces. **Art. 37.** – Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario. Ley 24.240 Defensa del Consumidor. Sanción: 1993/09/22; Promulgación: 1993/10/13; Publicación: B.O. 1993/10/15.

²²⁹ Decreto 1798 Reglamento de la Ley 24.240 Fecha: 1994/10/13; Publicación: B.O. 1994/10/18.

²³⁰ Simón D. La Independencia del Juez. Frankfurt 1991. p. 82 EN: Mario A. Bofanti. Derecho del consumidor y del usuario. Editorial: Abeledo – Perrot. Bs. As. Arg. p. 226.

El título de *cláusulas ineficaces* es merecedor de un reparo, debido a que la sinonimia de *ineficaz* expresa como *débil, endeble, flojo, fútil, inactivo, ineficiente, infructífero, inoperante, inservible, inane, inconsistente, inútil, nulo*, etc. Pero el sinónimo, si bien induce, no más que a un matiz, en este caso del adjetivo que califica la cláusula.

Desde el punto de vista de Mario Alberto Bofanti²³¹, la cuestión a plantearse radicaría más en *la falta de madurez consumista* pasando por alto la eficiencia económica – financiera que enmarca el cuadro donde el consumidor debe moverse, le guste o no. Y esa eficiencia, con base en la tecnológica, es inquieta a la vez que avasallante. No puede olvidársela.

Es decir, el autor asevera, que la ineficacia congelada en lo estrictamente jurídico no puede dejar de lado la ineficiencia económica – financiera.

Para dicho autor, el término: “desnaturalización”, tiene un sesgo aristotélico, “un poco desusado en la ciencia actual, ya que la naturaleza de las cosas es bastante inasible”, suponiendo, que hay algo natural usado en sentido de “normal”. Por consiguiente, dicho término esta erróneamente usado, ya que en la ciencia actual, lo “natural” es meramente contingente, no definitorio; y además hay un exagerado subjetivismo, lo que es natural para algunos puede no serlo para otros, en una sociedad consumista como la actual, lo natural de hoy puede ser lo opuesto, al día siguiente (moda, tecnológica, verbigracia, etc²³²).

Para refutar lo antes expuesto por Bofanti, decimos, que si bien es cierto, al hablar nosotros de ***desnaturalización de la obligación***, estamos diciendo que hay un apartamiento injustificado del derecho dispositivo, y que entonces surgirá la pregunta sobre: ¿A qué derecho dispositivo nos estamos refiriendo, y cuándo será justificada o

²³¹ Mario A. Bofanti. Derecho del consumidor y del usuario. Editorial: Abeledo – Perrot. Bs. As. Arg. p. 226.

²³² Lorenzetti R. L. Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor. Revista de Derechos Privado y Comunitario. Consumidores. Santa Fe. 1996. p. 171 y sigs. EN: Mario A. Bofanti. Derecho del consumidor y del usuario. Editorial: Abeledo – Perrot. Bs. As. Arg. p. 227.

injustificada una cláusula abusiva en el contrato? Cabe recordarnos que se considera abusivo el elemento

activante de la ineficacia, lo que puede ocurrir, cuando la obligación favorece desmedidamente a una de las partes, en perjuicio de la otra; o si bien no es abusiva tal cláusula, pero desequilibra el contrato, afectando la causa del negocio, por consiguiente desnaturaliza la causa de tal obligación.

Otro punto que no podemos dejar a un lado, es el carácter abusivo de la cláusula contractual, el cual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato accesorio.

El abogado, Roberto A. Muguillo²³³ va más allá, de dicha discusión sobre la desnaturalización que causan dichas cláusulas. Para Muguillo, dado el presupuesto de que estos contratos son por adhesión a condiciones generales, es necesario analizar las estipulaciones que contienen integrándose y ateniéndose a lo que fue realmente el acuerdo real de las partes, estableciendo lo justo y razonable a partir de su intención y finalidad.

En efecto, (sigue apuntando Muguillo) la interpretación de las estipulaciones convencionales no debe hacerse con prescindencia del motivo o fin que guió a los contratantes, para lo cual será menester considerar, no sólo las circunstancias que rodean el acto, sino también la conducta de los interesados, la finalidad perseguida y la funcionalidad del instrumento dentro del contexto económico o jurídico y social en el cual se plantea el negocio jurídico o el conflicto.

Será también la guía de los principios generales del derecho, de la equidad, de la buena fe, la que nos permita también contar con una base de interpretación adecuada a las

²³³ Roberto A. Muguillo. Tarjeta de Crédito. 2º edición actualizada y ampliada. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 1994. p. 169 – 174.

necesidades que nos plantea la tarjeta de crédito, ya que tampoco, la circunstancia de que el contrato de tarjeta de crédito, sea un contrato de adhesión no justifica apartarse de las

normas del Art. 1198 del Código Civil Argentino²³⁴. Antes bien, corresponderá hacerlo así, pues la interpretación de las cláusulas predispuestas no puede dejarse al libre examen literal de sus términos, sino que el juzgador debe impedir que una exégesis literal pueda vulnerar la buena fe o el análisis de lo que las partes verosíblemente pretendieron contratar (caso que ocurre con lo antes expuesto por Bofanti).

Por ello, la interpretación de cualquier cláusula abusiva establecida en el contrato, deberá pasar por:

Los principios generales que establecen los Artos. 953, 1071 y 1198 del Código Civil Argentino²³⁵, estando estrictamente a lo que verosíblemente las partes hubieran entendido de su relación obligacional, restringiendo la interpretación a fin de no incluir cargas u obligaciones que no hubieren sido expreso objeto de adhesión.

²³⁴ **Art. 1198.** Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato. Código Civil de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Ediciones del país. 2002.

²³⁵ **Art. 953.** El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto. Código Civil de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Ediciones del país. 2002.

Art. 1071. El que arbitrariamente se entrometiera en la vida ajena, publicando o perturbando, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiera cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación. Código Civil de la Nación Argentina. Leyes complementarias. Ediciones del país. 2002.

Interpretar las cláusulas en el sentido de la finalidad del acuerdo, dentro de la funcionalidad de la tarjeta de crédito, tanto desde el punto de vista de las partes, y desde el punto de vista del contexto socio-económico que lo enmarca. Por consiguiente toda

cláusula no se interpretará aisladamente, sino una referida la otra y todas con relación al contexto general que conforman la finalidad y operatividad del negocio jurídico.

En tercer lugar, se aplicará la regla que dice que: *toda cláusula especialmente pactada, toda cláusula particular, manuscrita o mecanografiada, primará necesariamente sobre las demás cláusulas generales impresas que contradijeran a las primeras o contuvieran una ampliación de la responsabilidad o de las obligaciones que determinen dichas cláusulas manuscritas o especialmente mecanografiadas.*

Otro punto que no debe de olvidarse, es el referido a las condiciones que por su naturaleza pudieron ser principales en la contratación del adherente, en orden a la finalidad de su adhesión y a la funcionalidad de la tarjeta, por lo cual las cláusulas no usuales deberán ser restrictivamente consideradas, a tal punto que restrinjan su valor en la mayor medida. Es decir que ninguna cláusula viole, a la hora de ser interpretada, las normas no disponibles. Cualquier derecho, del adherente no disponible en la tarjeta de crédito, no podrá ser coartado por cláusulas no usuales de letra pequeña, so pena de violar la posición jurídica del adherente.

Es por esta razón que la Ley 24.240 de Defensa del consumidor, inicia en su normativa, el “análisis e interpretación de los contratos por adhesión y de las cláusulas de contenido predispuerto que puedan desnaturalizar el negocio jurídico”.

Es por esta razón que se definen dichas cláusulas, como desequilibrantes y desnaturalizantes de los derechos y obligaciones de las partes, más aún con relación al adherente. Se parte de la base de imponer un *full disclosure* de las condiciones y características esenciales del negocio jurídico como pauta de orden público en la contratación con los usuarios, a fin de evitar cláusulas abusivas, leoninas o sorpresivas que

impongan cargos muy desfavorables o notoriamente inesperados para una persona común y que no sean los “normales” o “naturales” del negocio; se prohíbe cualquier propuesta que no haya sido requerida previamente por el usuario o que le genere a éste un cargo

automático, obligando a ese usuario a pronunciarse por la negativa para que dicho cargo no se genere.

Es por esta razón que en el Capítulo IX de la Ley 24.240 se establecen las pautas específicas para atender los posibles términos abusivos que pudieran pactarse y a la ineficacia de ciertas cláusulas. Tiende dicha normativa a prevenir al usuario contra toda lesión al principio de confianza, una lesión a su buena fe, etc. Es por esta razón que se busca sanear la injusticia interna de aquellas cláusulas que violen estos principios, por desconocimiento o por sorpresa.

Esta normativa de defensa del consumidor ha tratado de ser coherente con todos los intereses en juego. La defensa de uno no puede significar el avasallamiento del otro, tratando de regular detalladamente y demagógicamente la relación. La norma de derechos del consumidor y su defensa no puede generar imperativamente una desventaja comparativa para los oferentes de bienes y servicios que frenara el desarrollo del crédito y el desarrollo de la producción.

Es por esta razón que se definen tales cláusulas como abusivas, cuando desnaturalicen y desequilibren o limiten los derechos del consumidor y usuario de bienes y servicios.

Somos de la opinión de Carlos Gilberto Villegas, el cual expone que *la norma del Art. 37 de la Ley de Defensa del consumidor en la Argentina, determina las cláusulas abusivas, las cuales se tendrán por no convenidas, con independencia de la validez del contrato. De este modo se limita la ineficacia a la cláusula abusiva, sin invalidar el contrato, lo que podrá requerir, en determinados casos, la necesidad de que por vía judicial, se integre el contrato al que se le han sustraído algunas cláusulas necesarias para*

el “normal” funcionamiento operativo del mismo, como sucederá en los contratos bancarios²³⁶.

Nos parece de mucha importancia, el presentar algunas sentencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos argentinos, que han venido a reforzar lo antes expuesto por nosotros, esto con el fin de observar la mediatización del derecho en la práctica forense extranjera²³⁷.

Cámara Nacional Comercial, Sala B, 28 – IV – 1998, *Fivercom S.A. c/ Pierro Claudia A., L.L.*, 1998 – C – 624. En el contrato de tarjeta de crédito el usuario del servicio se encuentra en una situación de desigualdad estructural en relación con el emisor. Por ello, la empresa emisora tiene la obligación de alertar al adherente y ponerlo al tanto de las características del servicio que se obliga a brindarle, pues la información es un bien apreciado que tiene valor jurídico y, consecuentemente, protección jurídica. Asimismo, el artículo 2º de la Ley 24.240 crea obligaciones respecto a los proveedores de servicios por el sólo hecho de prestarlos a consumidores o usuarios de manera profesional.

Desde el punto de vista de esta Cámara, convendría referirse a cierto abuso conceptual que se estaría haciendo sobre “estructura”, sin tratar de definirla o desarrollarla en grado suficiente. En consecuencia, no significa siempre lo mismo, y por tanto, sus implicancias no son iguales. El párrafo tercero del decisorio judicial, en el fondo señala la distancia que media entre aquel “todo” somos consumidores y el “cliente de banco” o entidad financiera que opera con la entidad crediticia por los convenientes servicios que le presta y sobre los que, si tiene un mínimo de educación económica (lo principal), puede solicitar cuanta información se le ocurra. Como el banco está interesado en “su” cliente, habrá de prestarla. De acuerdo con la jurisprudencia bancaria, el banquero (banco) no es sólo un profesional sino un “buen profesional”, estando en condiciones de brindar toda la información que le sea requerida, en defensa de su propio negocio (en sentido no jurídico, este último).

Cámara Nacional Comercial, Sala C, 30 – IX – 1997, *Cannizzare Juan c/ Banco Mercantil Argentino S.A., L.L.*, 1998 – B – 656. La cancelación por parte del banco de la tarjeta de crédito del usuario sin causa que lo justifique, sin razonable preaviso o sin responsabilidad por las consecuencias de su proceder, lesionaría la buena fe en la ejecución e inteligencia de las cláusulas contractuales y desnaturizaría las obligaciones del

²³⁶ Carlos Gilberto Villegas. Tarjeta de crédito. Ediciones: Cuyo. Mendoza, Arg. 1999. p. 211.

²³⁷ Todas estas Sentencias fueron extraídas del Libro: Derecho del Consumidor y del Usuario. Mario A. Bofanti. Editorial: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina. 2001. p. 245 – 246.

banco al respecto. Así, una disposición contractual que previera tal conducta sería ineficaz en virtud de lo estipulado por los artículos 1198, párrafo primero del Código Civil y 37, incisos a) y b) de la Ley 24.240.

Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 4 – XI – 1997, *Dinners Club Argentina S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones, J.A.*, semanario nro. 6202. El contrato entre la denunciante y la firma sancionada que regula la prestación de servicios de tarjeta de crédito, se encuentra comprendido en la Ley 24.240. Dicho convenio se caracteriza por ser un contrato de adhesión. Quien predispone es un empresario que concentra para sí el poder de negociación. El prestador agrega al servicio un valor que es la competencia específica en su área de conocimiento.

Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata, Sala II, 15 – V – 1997, *Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. c/ Álvarez Elva B, L.L.*, Buenos Aires, 1997 – 1095, con nota de Farina. En el contrato de apertura de cuenta corriente para operar con una tarjeta de crédito el titular de la misma asume la calidad de consumidor – usuario por lo que la llave interpretativa del mismo la dan las disposiciones de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor que por mandato constitucional tiende a proteger al consumidor, en esa sociedad globalizada que, del consumo, hace su paradigma (fallo de primera instancia).

No habiendo podido leer ese fallo ni la habitualmente interesante nota de Farina, si bien la “concepción del mundo” del Juez puede ser varia, el ejemplo que da sobre la base de una sociedad consumista es lamentable, precisamente como detonante de los muchos males que estamos padeciendo. Una cosa es la defensa del “pobre” (dicho respetuosamente) consumidor, en muchos casos y otra el panegírico de un consumismo que no sabemos adonde nos va llevar.

Cámara Nacional Comercial, Sala B, 28 – IV – 1998, *Finvercon S.A., c/ Pierro Claudia A., L.L.*, 1998 – C – 624. No puede admitirse que para negocios de la vida diaria, como lo es la suscripción a un sistema de tarjetas de crédito, el consumidor deba estudiar o interiorizarse de un lenguaje innecesariamente asentado en términos y expresiones ambiguas. Ello, pues la lealtad contractual recíproca veda utilizar cláusulas con apariencia de legitimidad, pero con sustancia marcadamente abusiva.

Por otro lado, para la legislación de Costa Rica, en su Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del consumidor²³⁸, se refiere a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

Arto. 39.- Cláusula abusiva en contratos de adhesión. En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria.

Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:

- a. Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.
- b. Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.
- c. Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.
- d. Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.
- e. Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.
- f. Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.
- g. Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o leyes especiales conexas.
- h. Sean ilegibles.
- i. Estén redactadas en un idioma distinto del español.
- j. Los que no indiquen las condiciones de pago, la tasa de interés anual por cobrar, los cargos e intereses moratorios, las comisiones, los sobrepagos, los recargos y

²³⁸ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del consumidor y su Reglamento (concordada) Investigaciones jurídicas. S. A. San José, Costa Rica. 2002.

otras obligaciones que el usuario quede comprometido a pagar a la firma del contrato.

Son abusivas y relativamente nulas, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

- a. Confieren, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.
- b. Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.
- c. Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.
- d. Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente.

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse a favor del adherente.

Las cláusulas abusivas, en palabras de O' Callaghan²³⁹, son aquellas cláusulas redactadas por una de las partes, en su beneficio exclusivo y en perjuicio del consumidor. En consecuencia, si la prerredacción elimina los tratos precontractuales, simplificando al máximo el procedimiento de formación y conclusión de los contratos, se concluye que el consumidor no ha tenido oportunidad de conocer y negociar el contenido del contrato y por tanto, se puede pensar que existe un consentimiento aparente por parte de éste.

²³⁹ Xavier O' Callaghan. Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores. Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil, 1994. EN: Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 116.

Para Viguri Perea²⁴⁰, en los contratos de adhesión desaparece la libertad de configuración del contrato desde el momento mismo en que es predispuesto, pero la cuestión se agrava con la aparición, dentro de su contenido, de las **condiciones abusivas**, cuyo control se realiza desde la atalaya de la buena fe como cláusula general.

Para la legislación española, la cual ha fusionado de forma casi perfecta, las normas de su Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, como la nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, con el simple y llano objetivo de tratar de regular un poco al Contrato de Tarjeta de Crédito, establece en su Art. 10 (artículo nuevo añadido por la Disposición Adicional primera de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) una definición de lo que es una cláusula abusiva²⁴¹.

Art. 10 bis. 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas 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 de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

²⁴⁰ Agustín Viguri Perea. La protección del consumidor usuario en el marco de los contratos de adhesión, análisis comparado del Derecho Angloamericano, 1995. EN: Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 115.

²⁴¹ Código de Comercio y Leyes Complementarias. CIVITAS, Biblioteca de Legislación. Vigésima tercera edición actualizada a Septiembre 1999. España. **Capítulo III** Protección de los intereses económicos y sociales. Art. 10 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176 de 24 de julio)

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil español. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Por su parte, el artículo 10.1 c de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios española²⁴², también contiene lo que se ha denominado una “cláusula general” que establece los requisitos que deben cumplir las condiciones generales para que no sean consideradas abusivas: “buena fe” y “justo equilibrio de las contraprestaciones” y como desarrollo de la citada cláusula general, una lista abierta de cláusulas que se consideran abusivas²⁴³. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina afirma que el sistema seguido por España, pese a sus imperfecciones, es el más adecuado ya que “combina la seguridad

²⁴² Código de Comercio y Leyes Complementarias. CIVITAS, Biblioteca de Legislación. Vigésima tercera edición actualizada a Septiembre 1999. España. **Capítulo III** Protección de los intereses económicos y sociales. Art. 10 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176 de 24 de julio)

²⁴³ Art. 10. 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.
- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (...)

jurídica de la tipicidad de las cláusulas generales y por el contrario, el sistema anglosajón (para comparar) ha optado por un sistema de *numerus clausus* de cláusulas abusivas²⁴⁴”.

Siguiendo con la corriente europea respecto a este tipo de cláusulas, su definición, alcance y naturaleza de las mismas, para la legislación alemana, las cláusulas abusivas, *son aquellas contrarias a la buena fe en sentido objetivo (Treu und Glaube) que cause un perjuicio desproporcionado (unangemessene Benachteiligung) al otro contratante*²⁴⁵.

La Ley alemana, utiliza un sistema de cláusula general prohibitiva y dos series de cláusulas prohibidas como complemento a las enumeraciones de condiciones ineficaces con apreciación judicial y sin ella, que tiene la ventaja de elevarse a principio general y que por ser abierta, es posible utilizarla en una multiplicidad de casos, la AGB – Gesetz alemana, dispone el § 9:

- I. Las estipulaciones contenidas en condiciones generales negócias son ineficaces cuando perjudican al adherente indebidamente, en oposición al principio de buena fe (Treu und Glauben)
- II. En la duda se presume la existencia de perjuicio indebido cuando la cláusula:
 1. no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta, o,
 2. limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo.

Ahora bien, si la cláusula no cae dentro de la casuística que suministran los § 10 y 11, queda capturada por la cláusula abierta cuando contraría el principio de buena fe o bien,

²⁴⁴ Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 116.

²⁴⁵ Petit Lavall, op. cit. p. 128 – 129.- El párrafo 9 de la AGB – Gesetz contiene una cláusula general de prohibición o ineficacia de cláusulas abusivas, conceptuándolas como aquellas que “producen un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y equidad”. Serra Rodríguez, op. cit. p. 37. EN: Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 118.

la ineficacia a que se refiere el § 9 es operativa para las condiciones generales que transgredan la norma abierta²⁴⁶.

La Directiva europea CEE/93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su Art. 3.1 contiene la definición de cláusulas abusivas considerando como tales aquellas cláusulas contractuales no negociadas individualmente que “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato²⁴⁷”.

A contrario sensu, de acuerdo con la sección 2 – 302 del Código de Comercio Unificado de Estados Unidos de Norteamérica en relación con la sección 1 – 203, “**todo contrato o derecho debe realizarse o ejecutarse de buena fe**”. Por eso cabe conceptuar la buena fe como “**una autentica honestidad en la conducta seguida en la transacción correspondiente**”, que en el caso de un comerciante equivale además a la observancia del estándar consistente en comerciar de manera razonable y honrada en el sector concreto en el que desarrolla sus actividades profesionales. Así, el legislador norteamericano, bajo el epígrafe titulado “*unconscionability*” doctrina que ha sido incorporada en su forma moderna al Derecho contractual por el Código de Comercio Unificado y que da cuerpo legal a la mencionada sección 2 – 302, tiene un múltiple objetivo, que no es otro que el de tratar de evitar los resultados injustos, los abusos del derecho, el quebrantamiento de las normas atinentes al orden público, la posible manipulación de las leyes de la oferta y la demanda, la prepotencia negociadora, la unilateralidad de las prestaciones, así como la diversificación del riesgo.

Para la legislación norteamericana, en el ámbito de las relaciones contractuales, la buena fe es condición negocial, y por consiguiente, no limita o modula, por sí misma, las

²⁴⁶ Stiglitz Rubén y Stiglitz Gabriel. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. 1985. p. 200 EN: Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 119.

²⁴⁷ Petit Lavall. op. cit. p. 129.

libertades, sino que es necesario un fundamento constitucional que respalde la exigencia de ese deber de comportamiento. El problema debe reducirse, pues, a una colisión entre el ejercicio de la libertad y otro bien constitucional²⁴⁸.

Como hemos podido observar, en el Derecho comparado se les dota a dichas cláusulas abusivas del elemento desequilibrante de la relación contractual, a como también

²⁴⁸ The True in Lending Act. The Consumer Credit Protection Act, ambas leyes de los Estado Unidos de Norteamérica. EN: Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 120. La Carta Magna del Consumidor, expuesta en cuatro puntos por el Presidente Jhon Fitzgerald Kennedy, fue la primera propuesta de regulación de los derechos de los consumidores. Derecho a la protección o seguridad como tal (*right to safety*), derecho a ser informado (*right to be informed*), derecho de elección (*right to choose*) y derecho a ser escuchado (*right to be heard*). En una primera etapa (1900 – 1968) nacen las raíces de lo que será la protección del consumidor, la defensa del crédito al mismo, etc. En una segunda etapa (1968 – 1980) se dicta la Ley de protección al crédito consumidor “*Consumer Credit Protection Act*” la cual viene a marcar la primera intervención del poder federal con una regulación de carácter nacional, en cuanto al tema en estudio. Durante toda la década de los años 70’ se aprueba el Código Uniforme de Crédito Consumidor “*Uniform Consumer Credit Code*” el cual limitaba su aplicación a las operaciones y créditos de hasta veinticinco mil dólares norteamericanos, asimismo establece el principio de la buena fe como elemento total de los contratos. En lo que atañe a la protección del consumidor, respecto al sistema de tarjetas de crédito, *The Fair Credit Billing Act* del 28 de octubre de 1974, fue promulgada con el objetivo de proteger al usuario de créditos para el consumo y más directamente a los titulares de tarjetas de crédito contra las inexactitudes, incorrecciones o indebidas facturaciones o liquidaciones del crédito utilizado. *The Fair Credit Reporting Act* ley federal dictada hacia 1970, la cual es, la Ley sobre Crédito y Solvencia, la cual tenía como propósito asegurar que las agencias de información crediticia practicasen una legítima función informativa, también se les exigió a dichas agencias el pleno respeto del derecho a la intimidad que merece el consumidor, protegiendo su inviolabilidad. Esta ley reconoce el derecho al propio usuario – consumidor de acceder a toda la información que cualquier entidad de informes comerciales o de solvencia ofrezca sobre él y requerir la corrección y rectificación de cualquier información distorsionada o inexacta sobre su persona o sobre su crédito. En la actualidad Estados Unidos posee un amplio espectro de normas contenidas en *The Consumer Finance Act* (básicamente para protección de los usuarios de créditos personales y de vivienda), *Misleading Advertising Act* (para prevenir publicidad desleal), *Fair Debt Collection Practices Act* (para prevenir acciones de cobro compulsivo de créditos que fueran injustos o abusivos), *The Federal Usury Law 1980* (para prevenir prácticas usurarias por medio de liquidaciones de créditos). En la actualidad la uniformidad perseguida por The Uniform Consumer Credit Code no se pudo lograr y, la estructura legal por medio de la cual el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica crea standards jurídicos para el mercado consumidor y de crédito al consumidor mismo, es más un pálido reflejo sobre circunstancias y accidentes históricos que un plan racional de encarar el problema. La legislación central y su aplicación por medio de las agencias federales (*Federal Reserve Board* and *Federal Trade Comisión*) crearon conflictos y vacíos en los standards a aplicar o a tomar en cuenta, y terminaron traduciéndose en una falta de uniformidad en la administración de la protección del consumidor. La cantidad de regulaciones administrativas emitidas por la agencia federal de aplicación (*Federal Reserve Board*) con facultad reglamentaria y la operativa de las demás agencias federales, que son también órganos de aplicación (*Federal Trade Comisión*) produjeron un contraefecto sobre la uniformidad deseada y dieron pie a toda una tendencia hacia la descentralización y desregulación del sistema. Roberto A. Muguillo. Tarjetas de crédito. 2° edición actualizada y ampliada. Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Bs. As. 1994. p. 92 – 108. Graham Jr., The U3C, en *The Florida Bar Journal*, vol. 42, n° 9 oct. 1968. p. 1043. Informe de la National Commission on Consumer Finance and Consumer Credit of The United State America. Miller – Rohner. In search of uniform policy state and federal sources Consumers Law, en *The Business Lawyer*, ABA, vol. 37, n° 4, jul. 1982. p. 1415.

de la desnaturalización de la obligación que lleva dicho contrato y la vulnerabilidad del principio de buena fe y equidad que debe reinar en toda relación contractual.

Es por esta razón que nosotros consideramos “**cláusula abusiva**” a **aquella en la que falta la buena fe y exista desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios de bienes y servicios.**

La ausencia de la buena fe, en el contrato es un criterio valorativo de las obligaciones impuestas a las partes de una relación contractual que se traslada del momento de la interpretación y ejecución del contrato al momento previo a su perfeccionamiento y la infracción del principio de la buena fe se manifiesta frecuentemente en un desequilibrio

entre las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor, lo que le ocasiona una lesión injustificada²⁴⁹.

Es por ello que el requisito de la buena fe es el esencial para calificar una cláusula de abusiva y por tanto, el control de contenido es igualmente aplicable a las condiciones generales utilizadas frente a empresarios y en cuanto a la falta de justo equilibrio debe ser interpretada (según nuestra opinión) en el sentido de que el Juez no debe exigir una rigurosa equivalencia de las prestaciones, sino en el sentido de corregir los desequilibrios abusivos no justificados de los contratos, es decir, exigir un equilibrio lo más objetivo posible entre las partes, cuando una de ellas carece de autonomía de la voluntad.

Para el caso de Nicaragua, la Ley de Defensa de los Consumidores, no nos establece una definición de cláusula abusiva, simplemente nos define lo que debe de entenderse por contrato de adhesión, sus requisitos y los efectos que las mismas hacen en el contrato²⁵⁰.

²⁴⁹ Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 122.

A su vez, el Reglamento a la Ley de Defensa de los consumidores de Nicaragua, nos dice que la redacción de los contratos debe hacerse de forma clara y sencilla, a como también los términos de adhesión del mismo deberán especificarse claramente. Asimismo, la validez de dichas cláusulas en los contratos de adhesión²⁵¹. Por consiguiente, nuestro

²⁵⁰ **Capítulo V** De la Protección Contractual y del Contrato de Adhesión.- Art. 21.- Se entiende por contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas se establecen unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar.

Art. 22.- Los contratos de adhesión deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Estar escritos en idioma español. En las comunidades indígenas que se expresan en lenguas autóctonas, el contrato deberá también estar escrito en sus propias lenguas;
- b) Redactados en términos claros y sencillos;
- c) Legible a simple vista para una persona de visión normal;
- d) No ser remitidos a textos o documentos que no se faciliten al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, cuando tales textos o documentos no sean del conocimiento público;

Art. 23.- Las cláusulas de los contratos serán interpretadas del modo más favorable al consumidor.

Art. 24.- No producen ningún efecto las cláusulas de un contrato cuando en ellas se establezca alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Modificación unilateral del contratos o la rescisión del mismo por parte del proveedor, en perjuicio del consumidor;
- b) Exoneración del proveedor de su responsabilidad civil; salvo que el consumidor, caiga en incumplimiento del contrato;
- c) Fijación de término de prescripción inferiores a los establecidos en el Código Civil;
- d) Limitar u obstaculizar el derecho de acción del consumidor contra el proveedor, o invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e) Imposición obligatoria del arbitraje;
- f) Renuncia de los derechos del consumidor contenidos en la presente Ley.-

Ley No. 182. Ley de Defensa de los Consumidores. La Gaceta Diario Oficial No. 213 de la República de Nicaragua. Managua, lunes 14 de noviembre de 1994.

²⁵¹ **Capítulo XV** Del Contrato de adhesión. Arto. 99. La redacción de estos contratos deberá ser realizada en forma clara y sencilla, de forma tal que pueda ser de fácil comprensión, para el consumidor. Se prohíbe en los contratos de adhesión la utilización de letras más pequeñas de las que puedan ser leídas a simple vista por una persona de visión normal.

Arto. 100. Los términos del contrato de adhesión deberán especificarse claramente en el cuerpo del contrato y no hacer remisiones a textos o documentos que no sean de acceso al consumidor, antes o durante la celebración del contrato o se refiera a documentos que no sean del dominio público.

Arto. 101. No son válidas y se tendrán por no puestas en los contratos de adhesión, cláusulas conteniendo los siguientes elementos:

- a) Que le permitan al proveedor hacerle algún tipo de modificación que vaya en perjuicio del consumidor.
- b) Exoneración del proveedor de la responsabilidad civil, a la que se refiere la Ley.
- c) Fijación de términos de prescripción para ejercer sus reclamos, inferiores a los establecidos en la Ley de la materia y leyes ordinarias.
- d) Limitar u obstaculizar el derecho de acción del consumidor.
- e) Imposición de cláusulas de arbitraje.
- f) Renuncia de los derechos del consumidor consignados en la Ley y el presente Reglamento.

Decreto A.N. No. 2187 Reglamento a la Ley No. 182 Ley de Defensa de los Consumidores. Diario Oficial La Gaceta No. 169 de la República de Nicaragua. Managua, viernes 3 de septiembre de 1999.

Ordenamiento Jurídico no ofrece una definición de lo que debe entenderse por cláusula abusiva.

5.2 Nulidad de las cláusulas abusivas

En diferentes ordenamientos, se han establecido una serie de medidas para garantizar la existencia de un consentimiento pleno y libremente formado ante las condiciones generales redactadas en forma oscura, ininteligibles y excesiva longitud de las mismas, acudiendo a varios remedios, entre ellos, un primer remedio que podría buscarse en una ampliación de la jurisprudencia de la doctrina de los vicios del consentimiento, pero ha de ser a posteriori y necesitaría, además, de un sistema complementario para evitar la **nulidad total del contrato**, pues podría no ser la solución que interese al adherente y un remedio más específico, consiste en exigir un verdadero conocimiento por parte del adherente de las estipulaciones del contrato de adhesión. A este respecto, son posibles una

serie de medidas, orientadas a imponer una redacción de los contratos de adhesión que asegure su carácter legible y, eventualmente, su adecuada comprensión, eliminando la sorpresa de la letra pequeña y de la redacción excesivamente técnica de cláusulas peligrosas²⁵².

Para el derecho comparado, las cláusulas abusivas, son nulas, no así el contrato. Por ejemplo, para la Ley de Tarjetas de Crédito de la Argentina, en su artículo 13 donde se hablan de las nulidades de los contratos, dice textualmente:

Art. 13. *Nulidad de los Contratos.*- Todos los contratos que se celebren o se renuevan a partir del comienzo de vigencia de la presente Ley deberán sujetarse a sus prescripciones bajo pena de **nulidad** e inoponibilidad al titular, sus fiadores o adherentes. Los contratos en curso mantendrán su vigencia hasta el

²⁵² Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de interés en un contrato de tarjeta de crédito. San José – Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 199.

vencimiento del plazo pactado salvo presentación espontánea del titular solicitando la adecuación al nuevo régimen²⁵³.

Según los estudiosos de los alcances de dicha ley, ésta estipula exigencias de orden público, por consiguiente es admisible una norma que prive de efectos los actos que se desvían de ella.

La Ley que aquí se analiza así lo hace en su artículo 57. Pero, además de los comentarios que se formulan al citado artículo, es evidente que si el propio texto de esta ley genera dificultades o imposibilidades de cumplimiento la penalización de actos desviados por tales razones es injusta y arbitraria.

Teniendo en cuenta lo señalado con anterioridad, el artículo 13 representa un peligro para los Sistemas de Tarjeta de Crédito debido a que los problemas de cumplimiento generan el riesgo potencial pero inevitable de una severa y excesiva penalización.

Dicho artículo, posee varios errores al utilizar conceptos de “nulidad” e “inoponibilidad” como si pudieran acumularse, lo cual es imposible porque ambos son incompatibles entre sí. Por la redacción de este artículo debe concluirse que la nulidad contemplada es “absoluta”, ya que es manifiesta por imposición legal y no está referida a persona alguna que pueda pedirla en su favor. Por lo tanto el acto comprendido en este artículo es nulo y no es susceptible de confirmación. Por las mismas razones, tal acto no es anulable sino nulo, con lo cual carece de virtualidad y efectos desde el inicio y no se lo reputa válido en ningún momento. Por el contrario un acto que es inoponible a determinada persona significa que tal persona puede reclamar sus derechos emergentes del acto pero no se le pueden exigir las respectivas obligaciones. Por lo tanto, para ser inoponible el acto debe ser válido para todos y en todo momento, con la limitación de que releva de obligaciones a aquel a cuyo favor está establecida la inoponibilidad.

²⁵³ Ley 25.065 Tarjetas de Crédito. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcial: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

En consecuencia, este artículo produce la siguiente disyuntiva. Si el contrato fuera nulo no podría ser inoponible al usuario, ya que carecería de validez y efectos para el emisor y usuario y ambos deberían restituir la situación a las circunstancias anteriores al contrato. Si por el contrario el acto fuera inoponible, no podría entonces ser nulo²⁵⁴.

A su vez, dicho ordenamiento jurídico en su artículo 14 establece aquellas **cláusulas nulas**. Dicho artículo reza textualmente así:

Art. 14. *Nulidad de cláusulas*.- Serán nulas las siguientes cláusulas:

- a. Las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la presente Ley;
- b. Las que faculten al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato;
- c. Las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago del resumen;
- d. Las que impongan costos por informar la no-validez de la tarjeta, sea por pérdida, sustracción, caducidad o rescisión contractual;
- e. Las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación;
- f. Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada;
- g. Las que impongan compulsivamente al titular un representante;
- h. Las que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito;
- i. Las que importen prórroga a la jurisdicción establecida en esta Ley;
- j. Las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de tarjeta de crédito²⁵⁵.

Al margen de los comentarios suscitados respecto a los errores de redacción que posee el artículo 13 de la Ley de Tarjetas de Crédito, es importante recalcar que dicha Ley posee de forma bien definida el tipo de cláusulas que puedan devenir en nulidad. Es por esta razón que la Ley de Tarjetas de Crédito esta en armonía con la Ley de Defensa del Consumidor, en la cual, la nulidad de las cláusulas abusivas es parcial (Art. 37 Ley de

²⁵⁴ Daniel Gerardo Reynoso. Tarjeta de crédito. Estructura legal y operativa del sistema. Ediciones Depalma 2000. Bs. As. p. 253.

²⁵⁵ Ley 25.065 Tarjetas de Crédito. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcial: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

Defensa de los Consumidores). Los efectos de la nulidad parcial de este tipo de cláusulas, se deben de interpretar como si éstas no fueren convenidas.

Art. 37.- *Interpretación.* Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b. Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c. Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En el caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de

lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato si ello fuere necesario²⁵⁶.

Es por esta razón que el inciso *a)* de la Ley de Tarjetas de Crédito, esta comprendido en la norma antes expresada, específicamente en el inc *b* del Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240, cuyo ámbito de aplicación es más amplió. Así mismo, por el Art. 3 de la Ley 25.065, de Tarjetas de Crédito²⁵⁷, el Art. 37 de la Ley 24.240 se aplica en su totalidad.

²⁵⁶ Ley 24.240 Defensa del Consumidor. Sanción: 1993/09/22; Promulgación: 1993/10/13; Publicación B.O. 1993/10/15.

²⁵⁷ Art. 3. *Ley aplicable.*- Las relaciones por operatoria de tarjetas de crédito quedan sujetas a la presente Ley y supletoriamente se aplicarán las normas de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240). Comentario de un legislador del Congreso de la Nación Argentina: “Este artículo es, en realidad, innecesario. Si esta Ley no lo contuviera, el Código Civil, el de Comercio y la Ley 24.240 se aplicarían igualmente a las relaciones del sistema de tarjeta de crédito por sus propias normas, en la medida en que fuera pertinente. En un intento de justificación puede expresarse que el artículo cumple una función indicativa para aquellos individuos que no adviertan la aplicabilidad de las normas mencionadas.

Otro ejemplo de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a la Ley de Tarjetas de Crédito, es el inciso *b*) de esta última, ya que jurídicamente un contrato no puede ser modificado unilateralmente porque la Ley exige consentimiento de ambas partes, como condición de validez (Art. 1137 Código Civil argentino²⁵⁸). Por esta razón y por la redacción del inciso (“**cláusulas que faculten al emisor**”), lo que esta norma prohíbe es pactar el consentimiento anticipado del usuario para futuras propuestas de modificación que el emisor efectuó.

No obstante, la Ley no prohíbe pactar que las futuras propuestas de modificación del emisor obtengan el consentimiento posterior del usuario, el cual podrá ser manifestado en forma expresa o tácita (Art. 1145 Código Civil argentino²⁵⁹).

El inciso *c*) de la Ley de Tarjetas de Crédito, es muy impreciso en su redacción. Ya que debería de decir: “Las que impongan un arancel fijo por incumplimiento de pago del saldo deudor de cuenta”.

El inciso *d*), también posee una imprecisión en su redacción. Ya que hay que presumir que se aplica tanto cuando el usuario informa la pérdida, sustracción o rescisión como cuando el emisor informa la caducidad o la rescisión.

Esto concierne especialmente a la Ley de Defensa del Consumidor, ya que según las estadísticas gubernamentales el sistema de tarjeta de crédito es un elemento que ha generado uno de los mayores niveles de conflicto contemplados en dicha Ley.

²⁵⁸ **Sección Tercera. De las Obligaciones que nacen de los contratos. Título I** De los Contratos en general. Art. 1137. Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Código Civil de la Nación Argentina. Ediciones del País, 2002. Bs. As. Arg.

²⁵⁹ **Capítulo I** Del Consentimiento en los Contratos. Art. 1145. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la Ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades. Código Civil de la Nación Argentina. Ediciones del País, 2002. Bs. As. Arg.

Luego nos vemos con el inciso *e*), el cual trae consigo una imprecisión más; presumiblemente se refiere a las cláusulas que no figuren en el contrato tipo autorizado por aplicación del inc. *d* del Art. 7 de dicha Ley²⁶⁰.

El inciso *f*), posee una norma arbitraria e injusta porque desequilibra los derechos de las partes. Ello porque el Art. 11, inc *b*, faculta al usuario a rescindir unilateralmente y sin anticipación el contrato²⁶¹.

El inciso *g*) trae aparejado el término “*compulsivo*” el cual significa “que tiene virtud de compeler” y “compeler” significa “obligar a uno a que haga lo que no quiere, y sus sinónimos son forzar o constreñir”. Esto significa que imponer el otorgamiento de un acto jurídico en forma compulsiva implica obtenerlo por la fuerza o la intimidación. Esta cláusula es ociosa por redundante, ya que toda imposición compulsiva de una cláusula contractual carece de efectos por vicio del consentimiento, el cual afecta la capacidad de discernimiento, intención y libertad (Art. 1157 y 900 Código Civil argentino²⁶²).

Para nosotros, si el contrato con la cláusula que designa representante para el usuario está debidamente redactada en cumplimiento de los requisitos de esta Ley y el usuario, o la contraparte que corresponda, firma el contrato por propia y libre decisión, no

²⁶⁰ Art. 7. *Redacción del Contrato de emisión de tarjeta de crédito.*- El contrato de emisión de tarjeta de crédito deberá reunir las siguientes condiciones:

- a) Redactado en ejemplares de un mismo tenor para el emisor, para el titular, para el eventual fiador personal del titular y para el adherente o usuario autorizada que tenga responsabilidad frente al emisor o los proveedores;
- b) El contrato deberá redactarse claramente y con tipografía fácilmente legible a simple vista;
- c) Que las cláusulas que generen responsabilidad para el titular adherente estén redactadas mediante el empleo de caracteres destacados o subrayados;
- d) *Que los contratos tipo que utilice el emisor estén debidamente autorizados y registrados por la autoridad de aplicación.*

²⁶¹ Art. 11. *Conclusión o resolución de la relación contractual.*- Concluye la relación contractual cuando:

- a) No se opera la recepción de las tarjetas de crédito renovadas por parte del titular;
- b) *El titular comunica su voluntad en cualquier momento por medio fehaciente.*

Ley 25.065 Tarjetas de Crédito. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcial: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

²⁶² Art. 1157. Lo dispuesto en el título “De los hechos”, de este libro, respecto a los vicios del consentimiento, tiene lugar en todos los contratos. Código Civil de la Nación Argentina. Ediciones del País, 2002. Bs. As. Arg.

existe compulsión alguna y por lo tanto el consentimiento es valido por no estar viciado; caso contrario es nula.

Para el inciso *h*), la doctrina y la legislación, han sostenido que el acceso al proceso ejecutivo no depende de la convención privada de las partes sino que sólo corresponde a aquellos instrumentos o procesos que la Ley determina. Este inciso elimina legalmente la posibilidad de pactar en el contrato la vía ejecutiva para aquellos casos en los que la Ley no la instituye.

El inciso *i*), es otra norma ociosa por redundante, ya que el Art. 52 de la Ley fija la competencia judicial²⁶³, el Art. 57 establece el orden público²⁶⁴, lo cual significa que su cumplimiento no es facultativo ni supletorio, y el Art. 13 priva de efectos a los actos en incumplimiento. El término “*jurisdicción*” está incorrectamente utilizado en esta norma, ya que éste significa la facultad de los jueces de ejercer el poder judicial. El término correcto debería de ser “competencia”.

El último inciso (*j*) del artículo 14 de dicho cuerpo de Ley, posee una imprecisión tal, que dificulta determinar cuál es su ámbito de aplicación. Ello genera la grave posibilidad de que se haga aplicación arbitraria de él.

La expresión “*adhesiones tácitas*” carece de contenido técnico jurídico y su significado en el lenguaje común es vago. La expresión “*sistemas anexos al sistema de tarjeta de crédito*” no permite identificar a qué tipo de sistemas se refiere y cuál puede ser el tipo o grado de anexidad. Por último, la introducción de este artículo expresa: “**serán nulas las siguientes cláusulas**”, pero las “*adhesiones tácitas*”, sea cual fuese su significado, no son cláusulas y menos aún podrían ser cláusulas nulas.

²⁶³ Art. 52. *De los jueces competentes*.- Serán jueces competentes, en los diferendos entre:

- a) Emisor y titular, el del domicilio del titular;
- b) Emisor y fiador, el del domicilio del fiador;
- c) Emisor y titular o fiador conjuntamente, el del domicilio del titular;
- d) Emisor y proveedor, el del domicilio del proveedor.

²⁶⁴ Art. 57. *Orden Público*.- Las disposiciones de la presente Ley son de orden Público. Ley 25.065 Tarjetas de Crédito. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcial: 9/01/99; Pub. B.O. 14/01/99.

Por consiguiente, haciendo un esfuerzo interpretativo, se puede decir, que en la Argentina, el legislador intentó privar de efectos a las cláusulas del contrato de adhesión, específicamente el de Tarjetas de Crédito, mediante las cuales el usuario puede prestar un consentimiento anticipado y general a las futuras ofertas indeterminadas de contratos como éste u otros, puestos en circulación por el emisor a través del Sistema de Tarjetas de Crédito.

De esta forma hemos podido apreciar como opera la nulidad de las cláusulas abusivas en la legislación Argentina, (**nulidad parcial**) la cual le da a éstas la categoría de nulas parcialmente, no así el contenido del contrato, dotando de esta forma al usuario de mecanismos de protección de sus derechos económicos.

Por otro lado, nos es de suma importancia apreciar la forma en que en Europa se trata dicho tema, por ejemplo en Italia²⁶⁵, ante la problemática de la extensión o no de la nulidad de una o varias cláusulas a la totalidad del contrato para dilucidar la pervivencia del contrato residual, el Código Civil italiano establece en su artículo 1419.1 la posibilidad de que la “nulidad parcial” no se extenderá a todo el contrato cuando se refiera o afecte a

aspectos no esenciales del mismo, donde el Juez no le está permitido modificar los pactos contractuales, y deberá optar entre la extensión de la nulidad a todo el contrato o bien su limitación a las cláusulas afectadas, salvo, que existan normas imperativas que regulen distintamente la parte anulada (Art. 1419.1)

La nulidad será total si se considera, de acuerdo con el Art. 1419.1, que la o las cláusulas singulares viciadas inciden totalmente en el contrato si resulta que los contrayentes no habrían concluido el contrato de haber conocido el vicio y pactaron basados en esas cláusulas singulares y son las que determinan el mismo y de acuerdo con el

²⁶⁵ Código Civil Italiano. EN: Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. La cláusula de intereses en un contrato de tarjeta de crédito. Editorial: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A. San José Costa Rica. 1997. p. 202 – 203.

1419.2 excluye la propagación de la nulidad integrando el contrato con normas imperativas, por el **principio de conservación de contratos**.

Es por esta razón que la Casación italiana n. 1464 de 12 de julio de 1965, expreso:

“La inserción automática de las normas imperativas en sustitución de las cláusulas contractuales viciadas de nulidad, puede verificarse de conformidad con la norma del artículo 1419, solo cuando la sustitución debe darse de derecho por expresa disposición de ley, la cual impone la sustitución de determinadas normas a las cláusulas contractuales por ella deformadas. Dichas normas imperativas se sustituyen de derecho a las cláusulas deformes, están siempre dirigidas a absorber en la economía del contrato, la misma función a las que eran destinadas las cláusulas sustituidas. De allí la importancia de precisar que en tales disposiciones no se aplican por el legislador cuando no se haya previsto la sustitución por norma imperativa”.

En el Derecho Español, la sanción de invalidez de determinadas cláusulas y posible nulidad total del contrato, se ubica en el artículo 10.2 de la Ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁶⁶, la cual dice así:

2. **serán nulas de pleno derecho** y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones (...)

No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

La norma española, se ha complementado con lo establecido en el Art. 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que determina la noción de condiciones

²⁶⁶ 10.2 Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil español. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

generales, y alude al requisito de la predisposición al exigir la redacción previa y unilateral por una de las partes del contrato²⁶⁷.

Para la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación española, en su preámbulo, nos dota de varios conceptos interesantes que nos servirán para analizar mejor el tema de las nulidades de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Ley 7/1998, De 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación.
(BOE núm. 89, de 14 de abril)

Exposición de motivos

Preámbulo

Párrafos 4º y 5º: ...Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva, es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condiciones general, ya que también puede darse en contratos particulares, cuando exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Párrafo 7º, 8º, 9º y 10º: ... El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en las cláusulas

²⁶⁷ Art. 1. Ámbito objetivo (2).- 1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, en su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación.

predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

Sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...

...En el artículo 10 bis y en la disposición adicional primera de la misma Ley, que lo desarrolla, se han recogido las cláusulas declaradas nulas por la Directiva y además las que con arreglo a nuestro Derecho se han considerado claramente abusivas.

II

El capítulo II, sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la Ley, determina la ineficiencia por no-incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el capítulo anterior para que puedan entenderse incorporadas al contrato. Dicha nulidad podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales

acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general (...)²⁶⁸

Asimismo, el Capítulo II de dicho cuerpo de Ley, trata sobre la no-incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales.

Art. 7. No incorporación.- No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

²⁶⁸ Código de Comercio y Leyes Complementarias. CIVITAS, Biblioteca de legislación. Vigésima tercera edición, actualizada a Septiembre de 1999. España. Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril).

- a. Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b. Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran 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 contrato.

Art. 8. Nulidad. –1. **Serán nulas de pleno derecho** las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sea abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Art. 1258, 1259, 1300 y 1314 del Código Civil español²⁶⁹).

Art. 10. Efectos. –1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo²⁷⁰.

²⁶⁹ Art. 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que por su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

Art. 1259. Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

Art. 1300. Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos vicios que los invalidan con arreglo a la Ley.

Art. 1314. También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa de que pudiera ejercitar aquélla. Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratos, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad.

Código Civil. Nueva edición revisada en julio de 1995. Décimo cuarta edición revisada y puesta al día. Biblioteca de textos legales TECNOS S.A. 1995. Madrid España.

²⁷⁰ Código de Comercio y Leyes Complementarias. CIVITAS, Biblioteca de legislación. Vigésima tercera edición, actualizada a Septiembre de 1999. España. Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril).

Hemos podido observar como la legislación española de manera armónica, ha podido trabajar con ambos cuerpos de leyes, para regular las cláusulas abusivas, las condiciones generales de contratación, y las nulidades que puedan darse en éste tipo de cláusulas.

Regresando a Latinoamérica, específicamente la región centroamericana, podemos aseverar que el tratamiento que se le da este tipo de cláusulas, es similar al de las demás legislaciones antes mencionadas, con alguna que otra salvedad y particularidad.

Por ejemplo, en Costa Rica, las cláusulas abusivas pueden ser “nulas absolutamente” o poseer “nulidad parcial”, la cual, ésta última no afecta al contrato ensimismo. Esto lo podemos apreciar en lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor y su Reglamento²⁷¹.

Son **abusivas y absolutamente nulas** las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:

- k. Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.
- l. Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.
- m. Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.
- n. Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.
- o. Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación,

²⁷¹ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor y su Reglamento (concordada). 4º edición. Investigaciones jurídicas S.A. San José, Costa Rica 2002.

- suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.
- p. Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.
 - q. Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o leyes especiales conexas.
 - r. Sean ilegibles.
 - s. Estén redactadas en un idioma distinto del español.
 - t. Los que no indiquen las condiciones de pago, la tasa de interés anual por cobrar, los cargos e intereses moratorios, las comisiones, los sobrepagos, los recargos y otras obligaciones que el usuario quede comprometido a pagar a la firma del contrato.

Son **abusivas y relativamente nulas**, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

- e. Confieren, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.
- f. Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.
- g. Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.
- h. Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente.

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse a favor del adherente.

Como podemos apreciar, la Ley de da un tratamiento diferenciado a dichas cláusulas, ya que para dicha norma, son abusivas y nulas absolutamente las “condiciones generales de contratación en los Contratos de Adhesión” y, a su vez, son abusivas y relativamente nulas las “cláusulas generales en los Contratos de adhesión”.

Por Condiciones Generales de Contratación debemos entender, aquel tipo de cláusulas que se convierte en tal (condición general de contratación) cuando está

predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes y no necesariamente tiene que ser abusiva²⁷².

Llegando a nuestro país, en Nicaragua, el tratamiento que se le da ha dichas cláusulas, no es del todo diferente a los ya expuestos, salvando alguna que otra particularidad y deficiencia.

En el Capítulo V De la protección Contractual y del Contrato de Adhesión, artículo 24 de nuestra Ley de Defensa del Consumidor establece la **ineficacia** de aquellas cláusulas que modifiquen unilateralmente al contrato o puedan rescindir del mismo, por parte del proveedor en perjuicio del consumidor. Aquellas que exoneren al proveedor de sus responsabilidades. Fijen términos de prescripción inferiores a los del derecho común. Limiten u obstaculicen las acciones del consumidor para con el proveedor o se invierta la carga de la prueba para el primero.

Establezcan renunciaciones a los derechos del consumidor establecidos en dicha Ley (Ley de Defensa de los Consumidores)²⁷³.

A su vez, el artículo 101 del Reglamento a la Ley de Defensa de los Consumidores, establece la invalidez y, se tendrán por no puestas, aquellas cláusulas que tengan una connotación igual a la lista establecida en el artículo 24 de dicho cuerpo Ley²⁷⁴.

²⁷² En primer lugar, por iniciativa de Saleilles, se comenzó a utilizar la denominación: Contratos “de” adhesión, en literal traducción de la expresión acuñada por el mencionado autor. Posteriormente, Dereux, en un estudio acerca de la naturaleza jurídica de este contrato objetó la denominación, con razón pensamos nosotros, empleándose a partir de entonces la denominación: Contratos “por” adhesión. A estas dos expresiones, seguidas por la mayoría de la doctrina francesa, italiana, española, americana, se le opuso la denominación de “condiciones generales de los contratos”, de creación típicamente alemana. Esta última designación ha sido adoptada en los últimos tiempos, aunque numerosos autores le siguen denominando: Contratos por Adhesión y los menos escrupulosos indistintamente: Contratos “por”, o Contratos “de” Adhesión. Dicha posición es la que se debe adoptar, a nuestro juicio, hasta tanto se legisle particularmente sobre el tema.

²⁷³ Ley No. 182 Ley de Defensa de los Consumidores. La Gaceta Diario Oficial No. 213 de la República de Nicaragua, lunes 14 de noviembre de 1994.

²⁷⁴ Decreto A.N. No. 2187 Reglamento a la Ley No. 182 “Ley de Defensa de los Consumidores”. La Gaceta Diario Oficial No. 169 de la República de Nicaragua. Managua, viernes 13 de septiembre de 1999.

En suma, las legislaciones relacionadas tienen algo en común ante las condiciones generales abusivas y las cláusulas abusivas en contratos de adhesión: el predisponente fija la economía del contrato y el consumidor, ante la equivalencia de la relación negocial puede demandar no sólo la nulidad total del contrato, si ésta tiene su causa tanto en la nulidad parcial propiamente dicha (control de contenido) como en la no inclusión de alguna o algunas cláusulas por incumplimiento de los requisitos mínimos de transparencia, regulación que ocurre en virtud de la ausencia de un consentimiento libremente formado.

Es pues necesario decir que el adherente a este tipo de contratos (consumidor o usuario) tiene la posibilidad de declarar la nulidad (nulidad absoluta y nulidad parcial) ha aquellas cláusulas que vayan en detrimento de sus intereses económicos y, contra el principio de buena y equidad en la relación contractual. En el caso de la nulidad absoluta, esta progresará, hasta llegar a la nulidad absoluta del contrato solamente si la cláusula enferma de nulidad sea uno o el eje central de todo el contrato; contrariamente se estará ante la nulidad parcial de una de las cláusulas, más no así al contrato.

5.3 Abuso de la Entidad emisora en el incremento del crédito.

Como hemos dicho con anterioridad, en el Contrato de Tarjeta de Crédito se debe de estipular el monto máximo de consumo a que tiene derecho el usuario de la tarjeta. Es un requisito y debe formar parte del Contrato dicha mención.

Según las condiciones patrimoniales del titular, en algunos casos la concesión de crédito no está limitada a un monto determinado. En la mayoría de los casos, el crédito sí se limita a cantidades determinadas; en estos supuestos, en el contrato se deben consignar los montos máximos hasta los cuales el usuario podrá hacer uso del crédito, sea mediante

compras, locaciones, etc., a celebrar con los proveedores o comercio adherido, sea por medio de retiros de dinero en efectivo de los bancos, entidades financieras autorizadas o de cajeros automáticos.

Como se trata de un crédito giratorio (revolving), si bien está limitado a un monto determinado, si el titular paga sus consumos, el crédito se renueva automáticamente por un nuevo período.

Planteado estas consideraciones que debe de contener el Contrato de Tarjeta de Crédito, pasaremos a exponer, como la entidad emisora de las tarjetas de crédito, de manera unilateral, le incrementa el monto estipulado en el contrato, al usuario de la misma, sin que se le informe con anterioridad, sino al momento de haber realizado ya dicho incremento, y sin la redacción efectiva de un nuevo contrato (*Ver Línea de Crédito Adicional de AVAL-CARD, y Carta del Banco de Finanzas en Anexo 6*).

La entidad emisora de las tarjetas de crédito o cualquiera que funja como tal, tiene el derecho de establecer el límite del crédito que concede. No es lógico pensar lo contrario (que el usuario fije dicho monto) ya que su derecho se limita a usar o no el dinero que está a su disposición, pero dentro del límite establecido por el dador del crédito en el contrato.

El monto o techo del crédito establecido desde un comienzo, en el primer contrato suscrito entre el usuario y la entidad emisora, puede variar a criterio de éste último, él cual podrá ampliarlo, siempre y cuando el usuario aporte nuevos elementos que permitan medir su capacidad de pago, o simplemente considerar la regularidad y cumplimiento de sus obligaciones. El límite de compra o financiamiento con el cual funciona la tarjeta de crédito es impuesto al usuario y opera en beneficio del emisor de la tarjeta de crédito.

Es pues sabido por todos nosotros, que el incremento del monto establecido en un comienzo por la entidad emisora en la tarjeta de crédito de cualquier usuario puede variar con el tiempo, debido a que es un derecho propio del mismo.

El abuso no se encuentra en la posibilidad que tiene la entidad emisora en incrementar el monto de la tarjeta, si partimos del hecho de que nos encontramos ante un contrato suscrito por adhesión, más bien dicho abuso se suscita al no avisarle con anterioridad al usuario que su crédito ha sido aumentado o incrementado en un tanto por ciento más, sino que una vez incrementado (de manera simultanea) es avisado por la entidad emisora.

Dicho aviso llega a conocimiento del usuario, la mayoría de la veces, por medio de epístolas o simples llamadas telefónicas. Dichos medios que se ocupan para “informar” al usuario sobre alguna variante en la utilización de la tarjeta, no poseen una información debida para con el interesado (usuario), simplemente se limitan a dar el aviso, un aviso que no podemos equiparar a lo que es una información veraz, clara y concisa que está obligada a dar la entidad emisora al usuario de la tarjeta de crédito (esto último, partiendo del hecho, de que la información para con el usuario es un deber de parte de la entidad emisora, ya que el usuario de la misma, cuando hace uso de dicho instrumento, se convierte en el principal engrane que pone en movimiento a todo el sistema).

El comportamiento antes expuesto, de parte de la entidad emisora, atenta contra el derecho a una información adecuada y veraz que permita al consumidor o usuario hacer elecciones bien fundadas (por ejemplo aceptar o no dicho incremento). El ente emisor tiene la obligación de informar oportunamente al consumidor o usuario y no hacer el incremento en el crédito presumiendo que éste último aceptará y hará uso del mismo.

La entidad emisora, no tiene como base para incrementar el monto del consumidor o usuario de la tarjeta de crédito, la situación económica de éste, si existe un incremento en lo que él devenga como salario y en su salario mínimo, o si bien fue ascendido en su trabajo.

Más bien, en la mayoría de las veces la entidad emisora realiza dicho aumento, amparándose en los primeros datos que tuvo ha bien para emitirle su tarjeta de crédito, o en

otros casos la entidad emisora le exige al usuario que aporte elementos que permitan medir su capacidad de pago (esto último en el caso de Nicaragua, es una costumbre muy poco llevada a cabo, lo que hacen las entidades emisoras es tener en cuenta o considerar la puntualidad y regularidad en el cumplimiento de las obligaciones del usuario de la tarjeta de crédito).

Este primer abuso, se agrava cuando la entidad emisora decide concederle una tarjeta con un monto mucho más grande a uno de sus tarjeta – habientes o a varios, en vez de incrementar el monto de su antigua tarjeta de crédito; sin que medie, consentimiento de el interesado y un nuevo contrato.

Ha sido costumbre de la entidad emisora, concederle a sus clientes, tarjetas con créditos mucho más amplios (*Golden Card, Platinum Card, etc.*) que los que al principio ostentan éstos, lo cual se materializa en forma de regalos que reciben de parte de la entidad emisora, fundamentándose ésta en la diligencia que su cliente a tenido a la hora de pagar los consumos que éste hace cuando le remite su estado de cuenta mensual.

Esto último trae consigo graves trastornos para los sujetos que intervienen en dicho contrato. En primer lugar, para el usuario es una forma de mermarle su patrimonio y dejarlo al descubierto, ya que como dijimos con anterioridad, la base para concederle mayor

crédito a éste, no radica en el estudio o análisis de su situación económica, ni se considera la cantidad devengada por el usuario como salario; más bien se toma como constante la colilla de pago y los datos de los ingresos dados en un comienzo (cuando se solicita u oferta la Tarjeta) para concederle una tarjeta con mucho más crédito.

En segundo lugar, caemos en la situación del fiador, el cual ve comprometido su patrimonio en ambas situaciones (incremento en el monto de la antigua tarjeta de crédito del usuario, concesión de nueva (s) tarjetas a éste).

En cuanto al aumento del crédito por parte de la entidad emisora de las tarjetas para con su cliente(s), no hay que olvidarse de la situación jurídica del fiador que respalda el “crédito original” (crédito suscrito en el primer Contrato por el usuario o tarjeta – habiente y la entidad emisora) ya que en la práctica se acostumbra obviar el consentimiento del fiador para responder por el nuevo incremento o monto asignado por parte de la entidad emisora al usuario, él cual, en caso de incumplimiento de pago, estará responsabilizando al fiador por un monto diferente al que éste afianzo en un primer momento.

Esto no impide que la entidad emisora persiga al fiador en caso de incumplimiento de pago por parte del usuario, por el nuevo monto. Práctica contraria a la disposición establecida en el Art. 3701 C²⁷⁵.

Hemos podido apreciar, como la entidad emisora trastorna el contenido del contrato, cuando incrementa o concede nuevas tarjetas a sus usuarios sin dejar que éstos últimos consienten estar de acuerdo o en desacuerdo en dichas modificaciones y sin mediar una información anticipada por parte de ella.

Esto último deja abierta la posibilidad de interpretación, ya que en primer lugar, se considerará como no aceptado dicho incremento en el monto de la tarjeta, cuando éste (usuario) no lo utilice o pague el antiguo monto establecido en el contrato. El caso contrario sería la aceptación tacita por parte del usuario de ese monto adicionado a su tarjeta, cuando hace uso del mismo.

²⁷⁵ **Capítulo II** Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor. Art. 3701. La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por éste tampoco surte efectos para con el fiador contra su voluntad.

Capítulo V De la extinción de la fianza. Art. 3726. Toda prórroga concedida por el acreedor o cualquier novación en el contrato principal, sin el expreso consentimiento del fiador, extingue la obligación de éste. Código Civil de la República de Nicaragua. 3º edición 1998. Editorial jurídica.

Capítulo V De la extinción de la fianza. Art. 2046. La prórroga del plazo hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.

Art. 2047. La extinción de la fianza por la novación de la obligación hecha entre el acreedor y el deudor, tiene lugar aunque el acreedor la hiciese con reserva de conservar sus derechos contra el fiador. Código Civil de la Nación Argentina. Ediciones del País. 2002. Bs. As. Arg.

Igual interpretación se tendrá que hacer, cuando le concedan, por parte del emisor, nuevas tarjetas. Si el usuario hace uso de las mismas, las estará aceptando tácitamente, caso contrario, se deberá entender como una “no aceptación” cuando el usuario no las utilice, y más aún, cuando se acerque a las oficinas de las entidades emisoras y las devuelva.

Otro rubro donde se puede observa el abuso de la entidad emisora con el crédito otorgado al usuario, son las cláusulas de intereses estipuladas en dichos Contratos.

Como la economía es un proceso dinámico, siempre existe una brecha de tiempo entre la producción y la colocación en el mercado, y el crédito procura cerrar esa brecha. El crédito en sentido económico significa el cambio de un bien o servicio presente por un bien o servicio futuro.

El crédito se expresa en dinero y se mide en tiempo, su precio es el interés, cuyos términos de medición son el factor tiempo y el factor cantidad de dinero prestado su precio es el interés en cuyos términos de medición son el factor tiempo y el factor cantidad de dinero prestado²⁷⁶.

El “interés” lo podemos definir de forma clara, partiendo de el siguiente discernimiento: toda utilización de capitales ajenos genera frutos²⁷⁷, éstos se relacionan como intereses²⁷⁸, y es el precio que se paga por el uso del dinero o por la posposición de su consumo inmediato; desde el punto de vista jurídico, la obligación de pagar intereses es accesoria a toda deuda dineraria.

²⁷⁶ Salas Murillo Evelyn, Barrantes Gamboa Jaime Eduardo. La cláusula de intereses en un Contrato de tarjeta de crédito. San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 178.

²⁷⁷ Fruto Civil del Capital, como renta que compensa el uso de un dinero ajeno o bien, desde otro ángulo, la privación de ese uso. Gentile Ricardo. Los Abusos en la indexación del mutuo financiero, en Revista Banca, Bolsa & Seguros, # 9, set/oct 91. p. 10 – 11. EN: Salas Murillo Evelyn, Barrantes Gamboa Jaime Eduardo. La cláusula de intereses en un Contrato de tarjeta de crédito. San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 178.

²⁷⁸ Interés, es el rédito, ganancia o beneficio que produce un capital monetario y desde el punto de vista jurídico un fruto civil.

Existen varias denominaciones de intereses²⁷⁹, los más usuales en el Contrato de Tarjeta de Crédito, son: el **interés corriente** y el **interés moratorio**, el primero lo podemos definir como aquel interés que ha sido pactado por las partes en el contrato o que han convenido ambas. Mientras el interés moratorio, es aquel que se destina a reparar el perjuicio resultante de la mora en el cumplimiento de una obligación.

La problemática de los intereses parte de la manera de aplicación y de la forma en que éstos se han venido interpretando a la hora de contratar la cláusula de interés. Pero la polémica no sólo abarca la manera de interpretar los intereses y la forma en que se calculan los mismos, sino que también abarca la **capitalización de intereses**²⁸⁰, el plazo del crédito,

²⁷⁹ **Interés Compensatorio**, aquel destinado a indemnizar el daño o perjuicio producido total o parcialmente con el incumplimiento de una obligación. **Interés Compuesto**, es aquel que se calcula sobre un capital y sus intereses acumulados. **Interés Legal**, aquel que su cuantía está determinada por la Ley judicial, cuando corre desde la interposición de la demanda o desde una intimación previa (el régimen legal de los intereses en nuestro país, lo conforman las siguientes leyes: La *Ley de Intereses*, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua No. 246 del 4 de noviembre de 1940. La *Ley Reguladora de Préstamos entre particulares* Ley N° 176, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua No. 112 del 16 de junio de 1994. *Ley de Reformas a la Ley N° 176 “Ley Reguladora de Préstamos entre particulares”*, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua No. 70 del 16 de abril 2001. *Ley General de Bancos y de Otras Instituciones Financieras*, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua No. 102 del 10 de mayo de 1963; derogada totalmente por la “*Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos Financieros Ley N° 314*”, publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 198 del 18 de octubre de 1999).

²⁸⁰ El Anatocismo, el artículo 3414 C., prohíbe el anatocismo, esto es, estipular intereses sobre intereses. También lo prohíbe el artículo 4 de la Ley 176 “Ley Reguladora de Préstamos entre particulares” de fecha 3 de junio de 1994. Sin embargo el mencionado Art. 3414 C., permite que puedan “estipularse plazos para la capitalización” pudiéndose desde entonces cobrar los intereses del capital liquidado. La Corte Suprema de Justicia interpretando el artículo 3414 del Código Civil ha juzgado que por regla general esta absolutamente prohibido en nuestra legislación el anatocismo, como suele llamarse al interés o rédito que producen los intereses devengados y no pagados; que sin embargo, la referida disposición permite que puedan estipularse plazos para la capitalización, pudiendo en tal caso cobrarse los intereses del capital liquidado; que esta excepción a la regla debe entenderse en el sentido de que para hacer uso de tal derecho o facultad, la capitalización, es condición *sine qua non*, cada vez que vence el plazo estipulado para la capitalización, sin verificarse el pago de los intereses devengados, que el acreedor practique con su deudor una liquidación que establezca de modo claro la monta del capital o se haga cargo del perjuicio que le viene del anatocismo estipulado (B.J. 4045 Cons. III y 4468). Consideramos que en vista de la prohibición tajante al anatocismo del artículo 4 de la Ley N° 176 “Ley Reguladora de Préstamos entre particulares” no cabe ni aún en el caso señalado en el artículo 3414 C., en los préstamos de dinero entre particulares. Es por eso que los intereses deben ser cobrados sobre los saldos del monto prestado y los moratorios no podrán exceder del 25% de lo pactado originalmente. Los intereses no podrán ser capitalizados. Podemos concluir diciendo que el anatocismo, es la acumulación y reunión de intereses con la suma principal, para formar con aquella y esta un capital que a su vez produzca intereses. El anatocismo por contrario a la moral, a las leyes y al orden público, esta prohibido; *Nulla modo usurae usarum a debitoribus exigatur*, “de ningún modo deben exigirse intereses de los intereses a los deudores”. En el orden mercantil precisamente por la especulación o utilidad que obtiene el prestatario, la posición legislativa actual es la opuesta: no solo se prohíbe sino que se estimula, en los establecimientos de ahorro y en las instituciones bancarias, que los intereses se capitalicen por lo común por años vencidos para engendrar intereses futuros a su vez. Aquí no existe el riesgo de explotación

si es anual o mensual, y otros factores, que mes a mes refleja el Estado de cuenta o el Resumen.

Los intereses estipulados en los Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente y de Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito en nuestro país se pueden observar en las siguientes cláusulas, las cuales se determinan de la siguiente forma:

VI. (Pagos) El acreditado se obliga a pagar al acreditante lo siguiente:

- a) El importe de los usos de la tarjeta por cualquier modalidad
- b) Los cargos previstos en este contrato o sus anexos
- c) **Intereses Corrientes** del:

Dólares 1.250% Córdobas 2.500% mensual, más un cargo por servicio del:

Dólares 1.250% Córdobas 2.500% también mensual. Que cubrirá los cargos ordinarios del emisor en ambos casos sobre saldos promedios a partir de la fecha de utilización de la tarjeta y hasta que se realice el pago efectivo de dichos

saldos, el cual deberá hacerse en la fecha, plazo y forma de pago que se indiquen en el Estado de Cuenta.

d) **Intereses Moratorios** adicionales del:

Dólares 2.500% Córdobas 5.000% mensual sobre los saldos atrasados, produciéndose la mora sobre los saldos deudores totales por el simple retardo del acreditado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y a favor de cualquiera de los acreditantes.

por parte del prestamista, que es el depositario especial; pues unas y otras entidades se lucran ampliamente con las sumas que reciben, invertidas en operaciones remuneratorias o en nuevos prestamos mucho más gravoso.

Tal y como se establece dicha cláusula en el Contrato de Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito, se ha transcrito a este trabajo. La cláusula en sí únicamente denomina el método no el contenido, y el tipo de intereses²⁸¹, (nuevamente encontramos más que un abuso, oscuridad en la condición general) y se aplicará sobre los saldos promedios diarios a partir de la fecha de utilización de la tarjeta y hasta que se realice el pago efectivo de dichos saldos, el cual deberá hacerse en la fecha, plazo y forma que se indique en el Estado de Cuenta, sin embargo, lo que no refiere el método es si el cálculo para establecer los intereses se efectúa con tiempo exacto o tiempo ordinario, incluyendo compras o sin ellas.

Para The Truth in Lending Act de los Estados Unidos de Norteamérica, se requiere de los acreedores dar información segura básica acerca del costo de comprar al crédito, y que significa que el acreedor dará el método a utilizar²⁸², y no sólo esa Ley, sino que

también aplican a dicho aspecto The Fair Credit and Charge Card Disclosure Act y otras como The Fair Credit reporting Act and The Fair Credit Billing Act.

De la relación del “Estado de Cuenta” se desprende que los cortes son cada treinta (30) días, es decir, se considera utiliza el tiempo ordinario (365/360) (360/360) y afirma el estado que contiene los movimientos (compras, pagos, etc.).

²⁸¹ La Tasa de interés anual o “*annual percentage rate*” (APR) se aplicará en el saldo que figure en el Estado de Cuenta, donde algunas entidades emisoras incluyen intereses variables o indexatorios (fluctuantes). Choosing and Using Credit Cards. Facts for Consumers from The Federal Trade Commission, tomado de la red de Internet, (<http://seamless.com/talf/ftc/16.html>). Según estudios realizados por algunas asociaciones de consumidores, los costes de las operaciones de pago más allá, son en muchos casos, imposibles de determinar por anticipado, debido a una falta de transparencia e incluso a una falta total hacia los usuarios por parte de los emisores de tarjetas y de los bancos. Los Contratos, acabemos con las cláusulas abusivas, cuánto cuestan estas operaciones y cuáles son mis derechos, tomado de la red de Internet (<http://www.cec.lu/en/comm/spc/cg/es/q173.htm>)

²⁸² Otros métodos de cargos financieros son: “Adjusted balance method, creditors take the amount you owed at the beginning of the billing cycle, and subtract any payments you made during that cycle”. “Previous balance method, creditors simply use the amount owed at the beginning of the billing cycle to come up with the finance charge”. The two cycle average daily balance method, creditors use the average daily balances for two billing cycles to compute your finance charge. Again, payments will be taken into account in figuring the balances, but new purchases may or may not be included. Consumer Handbook to Credit Protection Laws, Cost of Credit, tomado de la red de Internet ([gopher://gopher.gsa.gov/cgi-bin/imagemap/cicmap?394,186](http://gopher.gsa.gov/cgi-bin/imagemap/cicmap?394,186)) The Truth in Lending Act es una Ley Federal. Barrons, Law Dictionary, 1991. p. 505. Igualmente, véase el inciso c) del artículo 43 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Decreto ejecutivo 25234- MEIC.

La cláusula décimo segunda del Contrato permite la modificación del interés y con la simple notificación al tarjeta – habiente, cláusula que está predispuesta en el contrato así:

XII. (Variaciones de los porcentajes, montos, tasas, etc.) Todos los porcentajes, montos, tasas, pagos, etc., previstos en este contrato, en la solicitud de crédito o en documentos anexos, aplicables a cargos, intereses, etc., que debe cubrir el acreditado dentro de lo permitido por las Leyes, podrán ser variados por el acreditante o el acreedor pero la variación surtirá sus efectos hasta después de treinta días contados desde la notificación de la variación al acreditado por cualquier medio escrito incluyéndose el propio Estado de Cuenta mensual.

El predisponente simplemente comunicará al usuario el nuevo porcentaje de interés, (lo hará realmente?). En caso de respuesta negativa, implicaría violación al deber contractual de información que el consumidor debe recibir, y puede representar un interés fluctuante como tasa nominal o pura²⁸³, sin embargo, es necesario relacionar que ese interés

variable puede alcanzar porcentajes bastante elevados y ello podría traer como consecuencia el incumplimiento contractual²⁸⁴, donde entraría en juego la Ley de Defensa

²⁸³ Un préstamo con un tipo de interés del 23% anual (por ejemplo), y una tasa de inflación del 23% anual, equivale a una tasa pura del 0%. En igual sentido, una tasa de interés que únicamente cubra el pago por la posposición del consumo en el tiempo, sin excederse a la recomposición del capital prestado no representa ganancia alguna para la institución bancaria o financiera. Salas Murillo Evelyn, Barrantes Gamboa Jaime Eduardo. La cláusula de intereses en un Contrato de tarjeta de crédito. San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 192

²⁸⁴ La teoría expuesta hace referencia a acontecimientos razonablemente imprevisibles, que modifican el equilibrio contractual. La depreciación de la moneda, la inflación, el pago de la deuda externa e interna y las modificaciones violentas de los términos del mercado internacional, no podrán en nuestros días servir de base para la aplicación de esta teoría, ya que se trata de circunstancias que pueden preverse razonablemente. La previsión razonable de esas circunstancias que modifican el equilibrio contractual hace surgir las cláusulas expresas de revisión.

La solución adoptada [aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*] supone tan sólo el aceptar, como razonable, una forma nueva de ejercicio de la prestación acomodada a las exigencias actuales, éste debe ser asumido por el beneficiario para impedir un desequilibrio en el contrato e impedir un enriquecimiento injustificado.

Una corriente doctrinal va más allá de esas premisas, considerando que en determinadas situaciones – contratos de cláusulas predispuestas, por ejemplo- la sola aceptación del contrato conlleva el

de los Consumidores, Ley N° 182, toda vez que el comerciante tiene obligaciones, más las que el Contrato y el ordenamiento imponen, como límite a la libertad contractual y como derecho imperativo aplicable (¿podrá hablarse de un fraude de Ley?).

Hemos visto, como la cláusula de intereses en el citado Contrato, tanto en su contenido como en su aplicación presentan los siguientes aspectos que, de aplicarse en la ejecución del contrato, efectivamente hacen dicha cláusula totalmente abusiva, sobre todo por la violación al principio de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones.

Puede afirmarse entonces, que existe oscuridad de la cláusula de intereses, la escasa información que el consumidor recibe y la aplicación de acuerdo a lo que se dirá, permite al consumidor incoar las acciones correspondientes, basado en:

- a. El método. No se expresa en dicho Contrato el método que la entidad emisora utiliza para calcular y establecer los intereses corrientes y los moratorios. Tampoco expresa si incluye o no nuevas adquisiciones. Si el usuario utilizará nuevas adquisiciones para el cálculo de los intereses; el método es más oneroso para el usuario y beneficioso para el emisor, esto hace que la cláusula presente un desequilibrio económico ante la oscuridad del método y obvia la buena fe objetiva y no existe, por tanto, un justo equilibrio en las prestaciones contractuales.
- b. El cálculo del tiempo en el método, no indica si es a tiempo ordinario (365/360) o exacto (365/365), y si la base de tiempo para el cálculo es a tiempo ordinario, resulta para usuario más onerosa la carga y beneficiosa para la entidad emisora.
- c. Los intereses moratorios no deben superar el porcentaje legal establecido por la Ley que regula la materia, lo cual a su vez representa un límite a la libertad contractual.

aprovechamiento, descrito en la lesión, que no hace excluyente la aplicación de la teoría de la imprevisión. Salas Murillo Evelyn, Barrantes Gamboa Jaime Eduardo. La cláusula de intereses en un Contrato de tarjeta de crédito. San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. p. 192

- d. Referente a los Estados de Cuenta, del análisis de los mismos se desprende algo interesante: la entidad emisora utiliza el concepto “**cargos por servicios**” para incluir la financiación al tarjeta – habiente, pero tanto los cargos como los intereses (comprendidos como cargos por servicios) con un tipo variable, son sumados al principal todos los meses. Existe en el Estado de Cuenta, otro reglón denominado “**cargos por servicios bonificables**” o simplemente “**bonificación**” que corresponde a un monto de financiación por compras del mes, y si el tarjeta – habiente cancela todo el saldo de contado, dicha suma no le es cobrada, salvo en caso de utilizar la financiación, cuyo monto se recargará al principal.
- e. Si el interés se tasa con parámetros exactos y son conocidos por el usuario de la tarjeta, (es decir, se conoce el método utilizado por la emisora) ya sea en pautas publicitarias o de forma contractual (dentro del Contrato), no se ve problema alguno en la aplicación de los intereses, porque la forma escrita y la información permite la libre elección del consumidor y la defensa de sus intereses.

Las cláusulas anteriormente citadas, llevan a la conclusión que el contenido de éstas respecto al interés moratorio y al interés corriente, de suceder lo comentado, existirá un interés desproporcionado.

Otra cláusula en la que podemos apreciar el abuso por parte de la entidad emisora respecto al crédito concedido al usuario de la tarjeta, es la referente al Estado de Cuenta.

V. (Estado de Cuenta) Mensualmente o en cualquier otro tiempo el acreditante presentará al acreditado un Estado de Cuenta que expresará el monto adeudado por este. El no recibo de los Estados de Cuenta no justifica que el cliente deje de efectuar sus pagos por el monto adeudado. Si el acreditado no reclama su Estado de Cuenta dentro de los siete días siguientes a la fecha de corte, se presumirá que lo recibió. El acreditado tendrá siete días a partir de la fecha de corte, para hacer por escrito las observaciones a que hubiese lugar sobre su Estado de Cuenta, transcurrido dicho plazo

sin haberse hecho objeción a la cuenta, esta se tendrá por reconocida en la forma presentada y sus saldos deudores serán definidos a la fecha de corte.

Dicha cláusula no establece algunas particularidades del Estado de Cuenta, por ejemplo: el emisor presentará al usuario un Estado de Cuenta (**mensualmente o en cualquier otro período que estime conveniente**) que expresará el monto adeudado por este, indicando su límite de crédito, el saldo adeudado, todos los cargos y abonos o créditos que aparezcan en la Cuenta, la fecha de corte, la fecha en que deberá hacer su pago, llamada: “Fecha límite”, el monto y la forma de pago, etc. Cuando cualquier cargo se incluya por primera vez en el saldo anterior no pagado o en cualquier estado mensual, dicho cargo se considerará atrasado. Si en la fecha límite indicada en el Estado de Cuenta aparece pendiente de pago un cargo atrasado, que previamente apareció en otro Estado de Cuenta, el emisor añadirá a ese último Estado de Cuenta un cargo por atraso a la tasa de interés moratorio indicada arriba, sobre el total de los cargos atrasados que aparezcan en el Estado de Cuenta (punto que no explica la entidad emisora al usuario de la tarjeta).

El Estado de Cuenta será enviado a la dirección indicada en el Contrato o cualquier otra que posteriormente haya sido indicada por escrito por el tarjeta – habiente. Si el tarjeta – habiente no reclamare la falta de recepción del mismo, dentro del plazo estipulado en el Contrato, se presumirá que fue recibido; para tal efecto se deberá tener como fecha para dicho reclamo, período a período, la que se estableció en el primer Estado de Cuenta

enviado. Toda inconformidad o reclamos deberán hacerse por escrito dentro del plazo estipulado en el Estado de Cuenta. Transcurrido esos plazos, no habiendo reclamos, el Estado de Cuenta será prueba fehaciente del saldo adeudado y el tarjeta – habiente sólo podrá probar que el saldo es menor mediante la prestación de recibos de pago con fecha posterior al último Estado de Cuenta.

Hemos dicho con anterioridad que es obligación de la entidad emisora emitir y remitirle el Estado de Cuenta a sus clientes en el domicilio de éstos en el plazo estipulado en el Contrato (mensualmente). La cláusula que tratamos de explicar, establece que no hay

justificación alguna si el tarjeta – habiente no recibe dichos Estados de Cuenta, ya que de todas forma tendrá que pagarlos. Es imposible pagar una factura o un resumen de cuentas, cuando este no es conocido por el cliente, aunque tenga los comprobantes extendidos por el comercio adherido y pueda contabilizar sus gastos, la obligación del usuario no se extiende a ir a pagar un Estado de Cuenta del que no ha tenido conocimiento por no haber llegado a tiempo a como lo establece el Contrato. La responsabilidad de éste es simplemente hacer uso del crédito disponible a que tiene derecho y pagar los rubros establecidos en dicho Estado de Cuenta.

El Contrato establece un plazo para reclamos, plazos que corren después de la fecha de corte, caso contrario, el saldo se tendrá por bueno, según el contrato. No obstante, se considera válido el reclamo de la nulidad por aplicación de réditos sin sustento legal, aún vencido el plazo que establece el contrato para reprochar el Estado de Cuenta.

Otra cláusula abusiva es la relativa al robo, pérdida o extravío de la tarjeta.

XVIII. (Robo o Extravío de la Tarjeta) En caso de robo o extravío o sustracción de la tarjeta, el tarjeta-habiente queda obligado a dar aviso inmediato y por escrito al emisor de tal circunstancia y será responsable del uso que un tercero con firma falsa o sin ella hiciere de la tarjeta durante el término de quince días contados a partir de la recepción del aviso

por parte del emisor, toda reposición de tarjeta será cargada al tarjeta-habiente al precio vigente al tiempo de la reposición.

Consideramos que el término señalado es demasiado extenso, lo que provoca un detrimento en el patrimonio del usuario por el uso desmedido que de la misma haga un tercero extraño al Sistema. En tal sentido proponemos que el usuario sea responsable de las operaciones efectuadas con la tarjeta extraviada hasta la media noche del día en que se haya formalizado el aviso.

Hemos podido apreciar, como la entidad emisora de manera unilateral aumenta el crédito en el monto establecido contractualmente entre ésta y el usuario, sin que medie el consentimiento de éste último y sin que se redacte un nuevo contrato que contenga dicha variante o novación; a como también la concesión de nuevas tarjetas con montos mucho más elevados, en forma de regalos para los clientes no mediando contrato alguno. Igualmente hemos podido analizar lo referente a la situación del fiador en estos dos casos y lo referente al abuso del interés perpetuado por la entidad emisora, lo cual resulta en un interés desproporcionado para el usuario; situaciones todas que desembocan en la materialización de cláusulas abusivas para con el usuario de la tarjeta visto como consumidor de un servicio.

Capítulo VI. Interpretación del Contrato de Tarjeta de Crédito o Contrato de adhesión a condiciones generales de contratación

6.1 Interpretación del Contrato

Conforme lo ha señalado la doctrina, la norma hace aplicación de la finalidad declarada de la Ley, de proteger al consumidor, y se explica por la circunstancia de que los contratos a través de los cuales los consumidores adquieren bienes o servicios, habitualmente se cumplen por adhesión a condiciones generales de contratación o a

cláusulas predisuestas por los proveedores. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el intérprete, pues cuando sobreviene el conflicto y corresponde al Juez la revisión del Contrato, el modo en que se ha llevado a cabo la contratación impone inclinarse, en la duda, hacia la interpretación que más favorezca al contratante “débil”.

Es verdad que, en general, en cualquier negocio jurídico, es necesario interpretar, esto es, atribuir sentido o significado a sus términos. Pero sólo ante la eventualidad de una duda cobra sentido una disposición como la que comentamos, que impone una determinada opción al intérprete, pues si no hay duda, el intérprete debe atenerse al sentido o significado que resulte *indudable*.

En esta materia, la regla *favor debitoris* ha dejado paso a la regla a favor del débil, puesto que está comprobado que las circunstancias económicas determinan que muchas veces el débil sea el acreedor. En los contratos de consumo los consumidores por lo habitual no participan en la configuración del contenido normativo, sino que se adhieren a la voluntad normativa de los proveedores. Esto ha llevado a la formulación de la regla *in dubio contra stipulatorem*, que puede traducirse en los siguientes términos: en caso de duda sobre una cláusula se la debe interpretar en contra del que la ha impuesto.

Como son los proveedores quienes imponen el contenido normativo, es lógico exigirles la mayor diligencia en su elaboración: deben hablar claro, y si les falta claridad –si hay dudas – deben asumir las consecuencias y el contenido normativo debe interpretarse en

su contra, es decir, dejando de lado el sentido que favorece sus intereses y haciendo prevalecer el que favorece los del consumidor o usuario.

El artículo 23 de la Ley de Defensa de los Consumidores en nuestro país establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor²⁸⁵. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

²⁸⁵ Art. 23.- Las cláusulas de los contratos serán interpretadas del modo más favorable al consumidor. Ley No. 182 Ley de Defensa de los Consumidores. Diario Oficial La Gaceta No. 213 de la República de Nicaragua, Managua, lunes 14 de noviembre de 1994.

El hecho hipotético a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Defensa de los Consumidores de Nicaragua, puede manifestarse en dos supuestos típicos:

- Si es dudosa la existencia de un gravamen o de una carga sobre sus patrimonios, y
- Si es dudosa, no ya la existencia de la obligación, sino su extensión.

Otra de las posibles dudas interpretativas puede surgir de una eventual contradicción o incompatibilidad entre cláusulas de distinto origen o naturaleza. A modo de principio podemos señalar que la regla de interpretar a favor de los consumidores o usuarios obliga al Juez a que, en caso de duda frente a normas incompatibles, sean legales o convencionales, las interprete a favor del consumidor, es decir, haciéndose prevalecer el sentido favorable.

No es inoportuno recordar que, en general en cualquier negocio jurídico es necesario interpretar, esto es atribuir sentido o significado a sus términos²⁸⁶.

6.2 Reglas de Interpretación

6.2.1 La Regla *In Dubio Contra Estipulatorem*. ¿Cuándo se está ante una cláusula dudosa que da lugar a la aplicación de esta regla? Se entiende que hay duda cuando la cláusula es:

- a. *Ambigua*, es decir, cuando su redacción puede dar lugar a diversas interpretaciones;

²⁸⁶ Savigny. Sistema de Derecho romano actual, t. III, § 131; para una teoría general de la interpretación de los negocios jurídicos, consular Danz. La Interpretación de los negocios jurídicos. EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y defensa del usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 144.

- b. *Confusa*, cuando su sentido o alcance es difícil de percibir o distinguir²⁸⁷;
- c. *Contradictoria*, cuando contiene expresiones que contradicen lo que se afirma o niega en otras;
- d. *Incompleta*, cuando contiene omisiones que perturban su interpretación, y
- e. *Poco legible*, sea por haberse utilizado letra pequeña, por mala calidad de la impresión o por el empleo de un idioma que no es español.

No es ésta nada más que una mera enunciación. Lo importante es permitir que el Juez, en cada caso concreto, si encuentra que una cláusula admite varios sentidos, la interprete *contra stipulatorem*²⁸⁸.

6.2.2 La regla *Interpretación a favor de la parte débil*. En un contrato paritario se puede decir que –a priori– es posible que se desconozca a quién de los contratantes le cabe el calificativo de parte débil, desde que tal puede ser el deudor o el acreedor. En la contratación por adhesión, en cambio, se puede afirmar lo contrario, pues –a priori– se conoce quién es la parte débil. Esa cualidad, en efecto, le cabe siempre al adherido o consumidor; la certeza radica en que éste, por hipótesis, no participa en la configuración anticipada del contenido normativo. Al adherir sin participar, se somete a la voluntad

²⁸⁷ No puede admitirse que para la suscripción a un sistema de tarjeta de crédito “el consumidor deba estudiar e interiorizarse de un lenguaje innecesariamente asentado en términos y expresiones ambiguas. Ello, pues la lealtad contractual recíproca veda utilizar cláusulas con apariencia de legitimidad, pero con sustancia marcadamente abusiva” (CNCCom, Sala B, 28/4/98, LL, 1998 – C – 624) EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y defensa del usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 144.

²⁸⁸ Para comprender la extensión de la regla, se ha de tener presente que las disposiciones de la Ley de Defensa de los Consumidores en nuestro país, como cualquier ley, debe integrarse con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de consumo; en particular, se integra con las normas de una Ley de Defensa de la Competencia (de la cual se carece actualmente) y que trate sobre la lealtad comercial. El artículo 23 es bien categórico, el objetivo estratégico de esta norma es: “*en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor*”. La Ley de Defensa de los Consumidores no le ha dado a los jueces suficiente mandato para intervenir en esta clase de contratos. Podemos aseverar que en nuestro país no se ha superado el viejo liberalismo que veía con sospecha toda intervención del Estado, tanto legislativamente como judicialmente, en el mercado, en la actualidad varios países con economías de mercado admiten cierta injerencia, pero ¿a favor de quién?... para escoger, se ha dicho, antes es necesario descubrir cuál de los dos es el débil a quien ha de protegerse.

normativa del predisponente. Con mayor razón habrá de ser débil si el adherido se vio precisado a contratar, como ocurre en los contratos necesarios por adhesión²⁸⁹.

6.2.3 *Prioridad de una cláusula sobre otra.* Otra de las formas de proteger al adherido se concreta estableciendo un orden de prelación entre cláusulas de distinto origen o naturaleza. Es posible que en algunos aspectos de la negociación se le permita al adherido discutir, plantear o eventualmente incorporar alguna cláusula; cuando esto ocurre ¿qué valor cabe asignar a la cláusula incorporada o específica?

Es necesario distinguir para ello lo siguiente:

- Si la cláusula incorporada se refiere a una cuestión no prevista u omitida en las condiciones predispuestas, ninguna duda cabe que aquélla tendrá plena

eficacia. No es esto, sin embargo, lo más frecuente, pues las condiciones generales suelen ser extensas e incluso sobreabundantes.

- Si la cláusula incorporada es incompatible con alguna de las predisuestas, es necesario establecer si la predispuesta ha sido o no cancelada. Si ha sido cancelada, tampoco cabe duda que la incorporada tendrá carácter vinculante. Si no ha sido cancelada se presenta una contradicción entre ambas; en tal caso, la incorporada prevalece sobre la predispuesta.

²⁸⁹ En la contratación por adhesión es frecuente que el predisponente sea un monopolio u oligopolio, de suerte tal que el adherente se vea en la necesidad de contratar. Esto ha llevado a una calificada doctrina a diseñar el concepto de *contrato necesario por adhesión* o *contrato necesario* (le ha permitido particular atención al concepto de *contrato necesario por adhesión*, siguiendo al jurista español Albaladejo García – De la Puente y Lavalle). El Contrato en General, t. III. P. 34 EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y defensa del usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 146. Las características de este Contrato, además de las que son propias del contrato por adhesión, serían las siguientes: *a)* el oferente (que cumple el rol de predisponente), se encuentra en una posición de poderío en razón de ostentar el monopolio u oligopolio del servicio que presta; *b)* el adherente o consumidor, debe encontrarse en una situación de necesidad respecto al servicio que ofrece, es decir, debe estar necesitado a punto tal de no poder prescindir del bien o servicio que se ofrece, dicha característica es propia de los servicios de energía eléctrica, agua, servicio telefónico, transporte, etc., y *c)* la oferta del predisponente contiene estipulaciones que agravan la situación del consumidor. Rezzónico. Contratos con cláusulas predisuestas. P. 259 EN: Ernesto C. Wayar. Tarjeta de Crédito y defensa del usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. 2000. p. 146.

- Una situación parecida se presenta cuando colisionan una cláusula especial incorporada con otra general predisposta. También aquí se le da prioridad a la especial aunque la otra no haya sido cancelada.

Para que funcione esta regla, es necesario que la cláusula incorporada o específica haya sido elaborada con la participación del adherido o, en todo caso, que su interpretación le sea favorable. Es de suma importancia destacar que la prelación de cláusulas no tiene aplicación cuando es el propio predisponente el que decide incorporar una cláusula nueva o especial, derogando o modificando las preexistentes. En este caso, se le dará preferencia a la preexistente o a la incorporada, según cual de ellas sea más conveniente al adherido.

El principio de interpretación de *in ambiguis contra estipulationem* se funda en la consideración de que quien formula las condiciones del contrato de adhesión tiene el deber de expresarse claramente, por lo tanto, las oscuridades que se observen van a su cargo y se interpretarán en su contra. Asimismo, las cláusulas que implican un abuso de la libertad contractual en desmedro de la contraparte se rigen por el principio *contra preferentem*²⁹⁰.

Conforme con los principios generales que regulan los contratos, es deber de las partes actuar de buena fe tanto en la etapa previa a la información del mismo, así como durante su celebración y ejecución. Esta regla incluye por Ley, un cúmulo de prestaciones

accesorias en la obligación contractual y, en sentido inverso, impide que el contratante pueda reclamar algo desleal o incorrecto.

Para el Código Civil argentino, los principios *in ambiguis contra estipulationem* y *contra preferentem*, se encuentra establecidos en los siguientes artículos²⁹¹:

²⁹⁰ Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan. Tarjetas de Crédito. Análisis contractual, problemática procesal y penal. Ed: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina. 2000. p. 73.

²⁹¹ Código Civil de la Nación Argentina. Leyes Complementarias. Ediciones del País, Argentina 2002.

Art. 953. El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

Art. 1071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Art. 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Art. 218. Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes:

- 1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos;*
- 2. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general;*
- 3. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero;*

4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato;
5. Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos;
6. El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras;
7. *En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre a favor del deudor, o sea en el sentido de liberación*²⁹².

Para la legislación argentina, la interpretación de los Contratos de adhesión, donde intervenga un consumidor o usuario de bienes y servicios, se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa (Art. 37 párrafo 4° Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240).

En palabras de Gabriel Stiglitz²⁹³ (premio Nóbel de economía y ex-presidente del Banco Mundial), la interpretación de las condiciones contractuales a favor del consumidor, constituyen una solución tradicionalmente admitida, aunque las justificaciones invocadas sean bastante vacilantes.

Se puede ver con ello una aplicación del principio según el cual, el Contrato se debe interpretar contra aquel que ha estipulado. Pero esta justificación no conviene para interpretar contratos complejos, en los que ciertas prestaciones son diferidas en el tiempo, como por ejemplo el Contrato de Crédito o el Contrato de Seguro.

Se conoce también la regla según la cual el vendedor está obligado a explicar, a qué cosa se obliga y, por lo tanto, todo pacto oscuro o ambiguo se interpreta en su contra. Este principio parece encubrir una realidad general, a saber, que el vendedor de bienes y servicios, tiene sobre el contrato que concluye, un dominio mucho más amplio que el consumidor.

De modo más pertinente, recordamos que en el caso de los Contratos estandarizados (lo cual es generalmente el caso de los contratos de consumo), conviene interpretar la convención contra su redactor.

²⁹² Código de Comercio de la Nación Argentina. Leyes Complementarias. Ediciones del País, Argentina 2002.

²⁹³ Gabriel Stiglitz y otros... Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios. Daños – Contratos. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2001. p. 214.

Así lo establece la Directiva 93/13, CEE, concerniente a la cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores, consagra esta solución: “*en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, la interpretación más favorable al consumidor prevalece*”.

En la mayoría de los países latinoamericanos o de habla hispana (Argentina, Chile, México, España, Italia y Francia) la forma de interpretar los Contratos ha venido evolucionando debido a la comprensión de la realidad de los Contratos de consumo, de adhesión, etc. El carácter ficticio de la negociación individual se ve expresamente reconocida y sirve de base al control instaurado (ya sea por medio de Leyes de Defensa de los Consumidores, Leyes que regulen la Competencia, Leyes que traten sobre las Condiciones Generales de Contratación o que regulen este tipo de contratos incubados y nacidos de la matriz de las nuevas formas comerciales y económicas de contratación).

Estos últimos años han visto la aparición en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea²⁹⁴, iniciativas destinadas a controlar el contenido de los contratos de consumo, sea que el legislador prohíba o anule ciertos tipos de cláusulas, sea que a la inversa se asista a la determinación positiva de su contenido. El control de la validez del contenido de las cláusulas contractuales está asegurado, ya sea por una prohibición general, o por una prohibición de ciertas cláusulas²⁹⁵.

La mayor parte de las reglamentaciones de las cláusulas abusiva, contiene una disposición general, sancionando de modo expreso el carácter abusivo de un contrato o de una cláusula, que traduzca un desequilibrio inaceptable entre las partes.

Un primer fundamento de semejante disposición puede ser encontrado en la teoría de la *lesión calificada*. La lesión enfoca un desequilibrio inicial y grave de las prestaciones recíprocas de las partes en un contrato, mientras que la lesión calificada sanciona una

²⁹⁴ Por ejemplo la Ley de 1977 sobre Cláusulas Abusivas del Common Law & la experiencia del Tribunal de Defensa del Consumidor “Ombudsman” en Suecia 1971 – 1976.

²⁹⁵ Gabriel Stiglitz y otros... Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios. Daños – Contratos. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2001. p. 215.

desproporción resultante del abuso, de una parte, y de las necesidades, debilidades, pasiones o de la ignorancia de la otra parte.

La sanción de la lesión calificada está fundada, sea en el carácter contrario a las buenas costumbres, lo que acarrea para el contrato una causa ilícita sancionada por la nulidad absoluta; sea por la responsabilidad aquiliana: constituye una *culpa in contrahendo*, el hecho de comportarse hacia su cocontratante de un modo contrario a la buena fe²⁹⁶.

Otro fundamento del control de las cláusulas abusivas, puede ser la noción nueva de Contrato de Adhesión²⁹⁷. El **Contrato de adhesión** es un *contrato cuyo contenido contractual, ha sido fijado total o parcialmente de modo arbitrario y general, antes del período contractual. Se caracteriza por la ausencia de negociación individual previa, en vista del acuerdo de voluntades. Se presenta, bajo la forma de condiciones generales o individuales, establecidas unilateralmente por una de las partes.*

El Contrato de Adhesión no es tenido por abusivo. Corresponde a una necesaria estandarización de las relaciones comerciales, en la cual, la negociación individualizada de los términos del contrato, encuentra difícilmente su lugar. El abuso no proviene del hecho que el consumidor está obligado a adherir a tal o cual texto preimpreso, sino del contenido eventual de una convención, en cuya redacción no habrá participado ni podrá ya modificar, visto la relación de fuerzas existentes entre las partes en presencia y que él encontrará probablemente uniformado en el sector referido.

²⁹⁶ Bourgoignie Thierry. Clauses Abusives et le concept de “unconscionability” en droit américain: *une arme juridique efficace au service des consommateurs?*, “Revue de Droit International et Compare”, 1997. p. 52; Bourgoignie Thierry, y Domont – Naert, F., Clauses... cit.; Balate, E., y Bourgoignie, Thierry. *Le Traitement des clauses abusives en droit belge: examen critique au regard du projet n° 947 sur les pratiques du comerce et l’ information et la protection du consommateur*, “Revue de Droit Commercial Belge”, 1989. p. 651 – 695. EN: Gabriel Stiglitz y otros... Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios. Daños – Contratos. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2001. p. 215.

²⁹⁷ Berilos G. Le Contrat d’ Adhesión. Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris. 1976; David – Constant S. Contrattype et Contrat d’ Adhesión en droit belge, en “Rapports belgez au VIIIème Congrès International de Droit Comparé”. 1970. p. 833 – 845. EN: Gabriel Stiglitz y otros... Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios. Daños – Contratos. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2001. p. 215.

Finalmente el abuso del derecho, en la medida que sanciona el comportamiento de una persona, que elige, sin utilidad para ella, el modo de ejercicio de sus derechos más perjudicial para el prójimo, o que causa un daño desproporcionado con la ventaja obtenida, podría igualmente servir de fundamento a una acción del consumidor, que haya tenido, en el marco de un contrato de adhesión, que experimentar un perjuicio desproporcionado y resultante de un flagrante desequilibrio entre los derechos y obligaciones recíprocos de las partes de la relación.

En la mayoría de los Estados europeos se ha prohibido o anulado desde hace largo tiempo, ciertos tipos de cláusulas. Numerosos Estados de la Comunidad Europea, han elaborado listas negras o *grises* de cláusulas tenidas por abusivas, las cuales ni se interpretan por ser su naturaleza tal cual.

En la mayor parte de los Estados, se agregan reglamentaciones particulares que han venido a prohibir las condiciones contractuales relativas a ciertos contratos de consumo, por ejemplo: el contrato de crédito al consumo, el contrato de viaje, el contrato de tarjeta de crédito, etc.

Las reglas habitualmente supletorias del derecho de los contratos, dejan lugar a normas imperativas, o al menos imperativas a favor del consumidor.

Como hemos podido observar la interpretación de los Contratos nos refleja la influencia de dos tendencias contradictorias: una, trata de proteger al consumidor por el cauce de los instrumentos clásicos del derecho de los Contratos; mientras que la otra, recurre a legislaciones específicas, basadas en nociones nuevas, que restringen el alcance del principio de la autonomía de la voluntad.

La creación del Contrato de adhesión, inicia la ruptura con la teoría, que se ha vuelto ficticia, de la autonomía de la voluntad. La libertad contractual reposa sobre postulados inválidos para el Derecho del Consumo, de partes libres, pudiendo negociar sobre un plano de igualdad; ella justifica la fuerza obligatoria del contrato. Si la teoría general del contrato alcanzó su pleno desarrollo en el siglo XIX, sobre la base de estos principios, estas reglas ya no se adaptan a las nuevas condiciones comerciales y económicas de nuestros tiempos.

Por otro lado, para la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios española, Ley 26/1984, en su Art. 10 (artículo redactado conforme a la Disposición Adicional primera de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) nos establece, que la interpretación de las “cláusulas” de un Contrato de adhesión o cualquiera donde intervenga un consumidor o usuario de bienes y servicios, se hará de la forma más favorable al consumidor²⁹⁸.

Asimismo la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, española, establece en su Art. 6 las Reglas de Interpretación de las Condiciones Generales de Contratación.

1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los Contratos.

Para la legislación nicaragüense en el artículo 23 de la Ley de Defensa de los Consumidores, se consagra el principio *indubio pro consumidor*, ya explicado con

²⁹⁸ Art. 10 párrafo 5° Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. 2. “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

anterioridad. Esta norma recoge la modernidad de las demás leyes que han venido a regular este tipo de situaciones, en los diferentes países donde se ha legislado para tal finalidad, “**proteger los intereses económicos del más débil**”.

Inclusive, dicha norma se complementa con lo establecido en el Capítulo IV De la Interpretación de los Contratos, de nuestro Código Civil²⁹⁹, específicamente en los siguientes artículos:

Arto. 2496. Si los términos de un Contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido natural de sus cláusulas.

Si las palabra parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Arto. 2497. Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

Arto. 2499. Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Arto. 2500. Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Arto. 2501. Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquellas que sean más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

Arto. 2503. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato, no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad.

²⁹⁹ Código Civil de la República de Nicaragua. 3era edición 1998. Ediciones Jurídica. Capítulo IV De la Interpretación de los Contratos.

Por tanto, la norma que rescata el artículo 23 de nuestra Ley de Defensa de los Consumidores, está a tono con las disposiciones europeas de protección a los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

Para nosotros, el Contrato de Tarjeta de Crédito, es un contrato en serie, simplemente por la forma usual y práctica utilizada por la mayoría de los entes emisores; un contrato único que difícilmente cambie o varíe en sus términos o condiciones, aun por petición o situación particular del solicitante.

Isidoro Gueller, se apoya en la Jurisprudencia argentina para ratificar que este Contrato innominado, mediante el cual una parte solicita y la otra emite una tarjeta de crédito, constituye un Contrato de Adhesión³⁰⁰.

Conforme las modalidades del comercio actual, los contratos mercantiles resultan mayoritariamente, contrataciones en masa, generalmente sobre la base de cláusulas y condiciones unilateralmente predisuestas a las que el consumidor o usuario, en cada caso concreto, adhiere sin poder discutir. La situación en la que se perfecciona el consentimiento es de desigualdad entre el empresario que concibe unilateralmente las condiciones en que habrá de celebrar una cantidad indiscriminada de contratos y la contraparte que adhiere, sin que le sea permitido negociar con aquél el contenido de las obligaciones que surgirán de

ese acuerdo. Esto ha llevado a la elaboración de patrones de interpretación propios para esta clase de contratos, que privilegian la buena fe y la seguridad evitando que por esta vía se introduzcan cláusulas abusivas que lesionen los derechos básicos del consumidor.

³⁰⁰ CNCom., Sala D, “Banco de Crédito Liniers c/ Chiron”, *J.A.*, 1989 – I – 665; “González F. c/ Banco Agrario S.A.”, *J.A.*, 25 – XI – 1987. EN: Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan. *Tarjetas de Crédito. Análisis contractual, problemática procesal y penal*. Ed: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina. 2000. p. 70 – 71.

Nuestro Código Civil no contiene normas referidas a la contratación masiva o de contenido general predispuesto. Inclusive, nuestra Ley de Defensa de los Consumidores, tampoco posee en sus normas alguna que norme esta situación.

Muchas Leyes que tratan sobre la interpretación de los contratos de tarjetas de crédito, receptan el carácter de “contrato de adhesión” y hacen hincapié en la entrega de un ejemplar al titular de la tarjeta de crédito como requisito esencial. De no ser así, se coarta sensiblemente el derecho de defensa del usuario ante eventuales diferendos en el curso de la relación contractual.

En nuestro país, hoy en día no ha habido un gran desarrollo doctrinario sobre los contratos con cláusulas predispuestas o de adhesión a cláusulas generales, ya que se sigue atado al viejo sistema francés de finales de siglo.

Caso contrario, en la mayoría de los países del continente americano, existe un gran desarrollo sobre dichos temas, sentando la directiva general de interpretar las cláusulas dudosas a favor del contratante más débil, en este caso el usuario, mas ello no ha sido argumento para admitir cualquier tipo de reclamos o impugnaciones.

La Cámara Nacional Comercial de Argentina, en 1993, admitió implícitamente la existencia de un contrato de empresa, aun cuando rechazó una defensa del usuario frente a la entidad emisora que pretendía el cobro por uso de la tarjeta, valorando el acuerdo “con una visión global del mecanismo de emisión y de uso de una tarjeta de crédito”. En este sentido, también se ha expresado que le compete al usuario el deber de cooperación activa manteniendo los cupones y sus copias para control ya que se trata de una operatoria empresarial de sofisticada programación que presupone en el interesado en el servicio, capacidad suficiente como para comprender su funcionamiento. Finalmente el carácter complejo ha sido reconocido por la

jurisprudencia, pero no para admitir que la relación entre usuario y emisor deba estar vinculada a la situación del tercero vendedor o proveedor de los servicios³⁰¹.

³⁰¹ CNCom., Sala C, 22-VI-1993, *E.D.*, 160 – 540.

CNCom., Sala E, 29-XI-1983, *E.D.*, 108 – 470.

CNCom., Sala B, 1º-VI-1998, *J.A.*, 1989-I-17; *D.J.*, 1989-I-607.

Gonzalo F. Zamora Morales

Héctor R. López Toruño

Para nosotros, el contrato de tarjeta de crédito se encuentra celebrado entre un comerciante profesional y un consumidor, por consiguiente debe regir lo establecido en nuestra Ley de Defensa de los Consumidores, la cual garantiza el derecho de éste a obtener información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre el negocio que realiza. Por ello, en ausencia de normas específicas sobre la emisión y uso de tarjetas de crédito, las medidas generales de protección al consumidor adquieren importancia particular, pues su objeto es garantizar el reparto equitativo y justo de los riesgos y el respeto de sus derechos.

En el contrato de tarjeta de crédito el usuario del servicio se encuentra en una situación de desigualdad estructural en relación con el emisor. Por ello, la empresa emisora tiene la obligación de alertar al adherente, y ponerlo al tanto de las características del servicio que se obliga a brindarle. La información es un bien apreciado que tiene valor jurídico y, consecuentemente, protección jurídica.

Volvemos a repetir lo dicho con anterioridad; no puede admitirse que para negocios de la vida diaria, como lo es la suscripción a un sistema de tarjeta de crédito, el consumidor deba estudiar e interiorizarse de un lenguaje innecesariamente asentado en términos y expresiones ambiguas y ello sucede porque la lealtad contractual recíproca veda utilizar cláusulas con apariencia de legitimidad pero con sustancia marcadamente abusiva.

Si la empresa emisora, en el contrato no suministró la información adicional requerida por el tenedor de la tarjeta con respecto al método utilizado para el cálculo de los intereses (por ejemplo) la diligencia debida por el usuario se relativiza por la naturaleza misma de la relación, ya que no es razonable exigirle conocimientos superiores a los de un experto contable.

CNCom., Sala B, 27-III-1991, *L.L.*, 1991-D-112.

CNCom., Sala C, 30-VI-1988, *L.L.*, 1989-E-452.

EN: Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan. *Tarjetas de Crédito. Análisis contractual, problemática procesal y penal.* Ed: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina. 2000. p. 70 – 71.

Gonzalo F. Zamora Morales

Héctor R. López Toruño

Por lo tanto, dado que la emisora no informó leal y correctamente el alcance de las obligaciones del adherente, a pesar de ejercer profesionalmente la prestación de un servicio oneroso de alcance típicamente masivo, incumplió las obligaciones a su cargo al no informar sobre el cálculo de las tasas de interés, o cualquier otro rubro propio del Sistema, razón por la cual es improcedente su pretensión de cobrar aquellos intereses que fueron predispuestos en el contrato de modo confuso e impreciso.

Pero bueno, esto último nosotros lo plasmamos a manera de ejemplo, con el objetivo de dar a conocer hasta donde puede llegar el abuso por parte de la entidad emisora, cuando no hay suficiente información sobre el Sistema, y una adecuada interpretación del contrato.

Los Contratos de adhesión deben redactarse de manera clara, completa, en el lenguaje de la gente común y ser asequibles al adherente. Las condiciones de alto voltaje ético, generalmente irritas, involucran nociones de error y de dolo – engaño.

La validez del contenido predispuesto en el contrato de adhesión depende, entonces, de que se mantenga la equivalencia en la relación negocial, satisfaciendo los recaudos de moralidad, licitud y congruencia.

Por consiguiente visto con anterioridad lo referente a la interpretación de los contratos, podemos afirmar, aduciendo las siguientes ideas, que:

En primer lugar, en los contratos de adhesión, frente a las cláusulas impresas, la interpretación en caso de alguna duda debe ser favorable al obligado que no intervino en la redacción del pliego tipo o del contrato en sí mismo.

En los contratos de adhesión la estimación de las cláusulas cuando se estuviere frente a la duda, debe ser resuelta de la manera más favorable a la parte que no intervino en la redacción del instrumento.

En caso de duda las cláusulas del contrato deben interpretarse a favor del deudor, o en otros términos, en contra de quien las redactó.

Como es sabido por todos, en los contratos de adhesión impera fundamentalmente la voluntad de uno de los contratantes la estimación de las cláusulas cuando se estuviere frente a la duda debe ser resuelta de la manera más favorable a la parte que no intervino en la redacción del contrato.

Aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos de adhesión, ni se regule el Sistema de Tarjetas de Crédito, nada impide que las cláusulas oscuras, ambiguas, etc., sean interpretadas a favor del adherente. Para interpretar cuestiones motivadas por contratos no reglados especialmente, los Jueces deben despejar las incógnitas teniendo en cuenta el principio de buena fe empresarial, las circunstancias del caso, la conducta observada por las partes antes y después del acto, el fin económico perseguido, las normas aplicables y el resultado valioso o no de su interpretación.

Otra idea que vale la pena dejar plasmado en este trabajo investigativo, es aquella referida a las persona que contratan teniendo que suscribir un Contrato con cláusulas predisuestas, deben obtener el beneficio de una interpretación a su favor, en caso de dudas. Esto no es solamente reconocido por la doctrina, sino también por la mayoría de la jurisprudencia latinoamericana y europea. Pero si bien es cierto que no poseemos reglas específicas y precisas como en Italia u otros países, nuestro sistema privado contractual admite que la interpretación de los negocios concluidos sistemáticamente sea efectuada con cierto apartamiento de las reglas comunes: es que dicho negocio que tratamos aquí, no es el tradicional bilateral de equivalencias pensado por nuestros codificadores o legisladores del

siglo pasado. Se ha dicho que aún es válida la situación del hecho de la parte no proponente que suscribe un contrato urgida por el tiempo, sin leerlo adecuadamente y de complicada técnica y factura.

Por consiguiente no se puede hablar de libertad de empresa ni de autonomía de la voluntad cuando las partes no están colocadas en un mismo pie de igualdad, manteniendo el equilibrio, tanto en la celebración del contrato como en su contenido.

Capítulo VII. Mecanismos legales de los tarjeta – habientes contra los abusos de la Entidad Emisora de las Tarjetas de Crédito

7.1 Cláusulas que importan nulidad relativa al Contrato, frente a las cuales el usuario tiene derecho a impugnar el contenido de las mismas por nocivo a sus derechos

Los usuarios de las tarjetas de crédito podrán alegar la **nulidad relativa** del contrato (se tendrán por no convenidas), cuando éste contenga las siguientes cláusulas abusivas:

7.1.1 Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños

En los contratos de adhesión a condiciones generales de contratación, como lo es el Contrato de Tarjeta de Crédito; como nos encontramos con cláusulas predispuestas por una de las partes (en este caso la Entidad Emisora) o que haga referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrán por no convenidas:

- a. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica. Es decir aquel tipo de cláusulas que desnaturalicen las obligaciones que las partes dicen contraer por el Contrato, se tendrán por no convenidas. El sentido de la palabra “**desnaturalicen**” significa: *apartarse de lo natural, variar la forma, propiedades o condiciones de una cosa, desfigurarla, pervertirla*. Y es en este sentido en que debe ser utilizada dicha palabra, ya que si alguna cláusula “desfigura” o “pervierte” las obligaciones que el predisponente dice asumir en el Contrato, la cláusula, no el Contrato, se tendrá por no convenida (a excepción que dicha cláusula que importa la nulidad

por su redacción, sea el pilar principal en que gira el Contrato en sí mismo, lo cual acarrearía la nulidad total del mismo).

7.1.2 Cláusulas que importen renunciaciones o restricciones de los derechos del Usuario o amplíen los derechos de la otra parte o de una de ellas

Lo que se trata de tutelar a la hora de anular dicha cláusula, son los derechos del usuario de la Tarjeta de Crédito como consumidor del servicio brindado por la Entidad emisora, la cual provee de un servicio al primero, cuando le ofrece el crédito estipulado en dicho contrato.

Es pues necesario, tutelar los derechos del usuario de la Tarjeta de Crédito en este sentido, como consumidor de un servicio, partiendo del análisis en el cual el Derecho del Consumidor es mucho más amplio, y engloba los derechos y obligaciones del usuario de la Tarjeta de Crédito.

Por ejemplo, cuando la Entidad emisora establece en forma de cláusula en el Contrato:

- a) Que el tarjeta-habiente renuncia a su domicilio y se somete al que establezca la emisora de las tarjetas;
- b) Que el tarjeta-habiente se someta a los tribunales que la emisora establezca o elija;
- c) Que el tarjeta-habiente acepte como buenos, líquidos y exigibles (sin poder impugnarlos) en la vía ejecutiva, los saldos o cuotas que el emisor presente;
- d) Que el tarjeta-habiente renuncie a la prórroga del plazo que pudiera corresponderle, por habersele aceptado abonos o cuotas por principal, intereses u otros cargos;
- e) En caso de cobros judiciales o extrajudiciales por medio de abogados u oficina de cobranza, el tarjeta-habiente pague a la entidad emisora todos los gastos y honorarios incurridos, salga o no vencedor de cualquier proceso.

De manera que respecto del consumidor o usuario de las tarjetas, no hay forma de validar una cláusula de ese tenor, ni siquiera con la firma expresa del mismo.

7.1.3 Cláusulas que contengan cualquier regla que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor

Esta disposición alude a las cláusulas que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario de las tarjetas. Lógicamente que deberá tratarse de algún hecho que pueda resultar importante en el caso de un litigio e ulterior proceso.

Al analizar las cláusulas del Contrato de Emisión de Tarjeta de Crédito entre el emisor y el titular hemos querido partir de la regulación de este tipo de cláusulas a las cuales el usuario de la tarjeta de crédito podrá alegar la nulidad parcial de la misma; esto bajo el principio imperante de la buena fe, al cual deben someterse los contratantes, más en este tipo de contratos de naturaleza adhesiva.

Es menester por consiguiente que se crea, un servicio de atención al cliente mucho más especializado que el actual en las cedas de las Entidades emisoras, el cual no remita el reclamo o la ulterior impugnación a otras secciones dentro de la empresa, y pueda resolver junto con el usuario dicha diferencia.

A su vez, dicho servicio de atención al cliente de “consultas y reclamos” que efectúen los particulares, deberá estar dotado de una línea telefónica con información referente al Sistema de Tarjetas de crédito, las veinticuatro horas al día.

Los clientes deberán presentar sus inquietudes o impugnaciones de las cláusulas que importen dichas nulidades como reclamos formales, por escrito, mediante nota cursada por correo o fax.

Dichos reclamos e impugnaciones que se atenderían serían los vinculados con inconvenientes de orden contractual y operativo en sus relaciones con las Entidades emisoras de las tarjetas o aquellas que funjan como tal, y que implicarán deficiencias en la

redacción del Contrato, aparición de cláusulas que importen nulidad relativa, deficiencias en la calidad del servicio o incumplimiento respecto de las normas establecidas en la Ley de Defensa de los Consumidores o aquellas que emanen de la Superintendencia de Bancos y del Banco Central de Nicaragua.

A su vez, se deberá hacer extensivo a dichos reclamos, el nivel de las tasas cobradas o pagadas; el valor de las comisiones cobradas, cuando no fueran comunicadas y aceptadas al momento de celebrarse el Contrato; los impuestos y tasas o servicios que la Entidad emisora no cobra; y el estado financiero de las entidades emisoras actual.

La realidad nos hace ver que, en el caso de los Estados Unidos, país donde se originan las Tarjetas de crédito, en un primer momento las entidades emisoras y los bancos que fungían como tal presionaron desde el primer momento para evitar que se pusiera en vigencia esta normativa, que fue sucesivamente prorrogada hasta que, finalmente se la dejara sin efecto, y posteriormente retomada al darse cuenta la legislación norteamericana que el consumidor es uno de los ejes centrales dentro de la economía del país³⁰².

7.2 Impugnación del Resumen o Estado de Cuenta

En este caso el usuario de la tarjeta de crédito podrá alegar la falta de remisión de las liquidaciones a los fines de excusar el cumplimiento por parte de éste de las obligaciones inherentes de la Entidad emisora.

Los Estados de Cuenta o resúmenes podrán ser objeto de impugnaciones cuando:

- a. Existen “**errores**”, omisiones y adiciones en el saldo deudor o en cualquier otro rubro referente al importe de las compras efectuadas, u cualquier otro dato propio de la tarjeta de crédito.

³⁰² Carlos Gilberto Villegas. Tarjeta de Crédito. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza. Arg. 1999. p. 211, 224 – 225.

En primer lugar debemos entender por “errores” los de naturaleza aritmética, sumas mal calculadas en el saldo deudor o en cualquier otro rubro dentro del Estado de Cuenta, así como también cálculos erróneos en los importes de las compras, locaciones y retiros de dinero efectuados por el usuario.

Es por esta razón que todo Estado de cuenta deberá contener los siguientes datos, so pena de impugnación; aún aquellos relacionados a los intereses, comisiones y bonificaciones que de manera unilateral efectúa la Entidad emisora, esto último con el objeto de que la misma los presente o refleje en el Estado de cuenta; así como aquellos referidos a la Entidad emisora y al usuario:

- a. Identificación del emisor de las tarjetas o del banco que opere como tal
- b. Identificación del titular y usuarios adicionales autorizados por el titular
- c. Fecha de cierre contable del resumen actual y del cierre posterior
- d. Fecha en que se realizó cada operación
- e. Numero de identificación del cupón o constancia con que se instrumento la operación
- f. Identificación del proveedor o comercio adherido
- g. Importe de cada operación
- h. Fecha de vencimiento de pago actual, anterior y posterior
- i. Limite de compra otorgado al titular establecido en el contrato
- j. Monto hasta el cual el emisor otorga crédito, establecido en el contrato

- k. Tasa de interés compensatorio pactado que el emisor aplica los montos financiados
- l. Fecha a partir de la cual se aplican los intereses compensatorios

- m. Tasa de interés moratorio pactado por saldos y fecha desde la cual se aplica
- n. Monto de pago mínimo
- o. Monto adeudado por el o los períodos anteriores, con especificación de la clase y monto de intereses devengados, con expresa prohibición de capitalización de los intereses (anatocismo)
- p. Plazo para impugnar el resumen o Estado de Cuenta en lugar visible y con caracteres destacados
- q. Monto y concepto detallado de todos los gastos a cargo del titular
- r. Domicilio del envío
- s. Tiempo de recepción

Todos estos datos y los demás caracteres que contenga el Estado de cuenta deberán ser escritos en español, en letra visible destacada, se prohíben las “**letras chicas**” que dificulten la visión y entendimiento por parte de una persona con visión normal o calibrada.

La impugnación del Estado de cuenta será efectuada únicamente por parte del titular de la tarjeta, los usuarios adicionales y los fiadores si los hubiere. El establecer lo contrario sería desafortunado y claramente lesivo para los derechos de los demás obligados al pago del resumen o Estado de cuenta, según el respectivo Contrato que extiende el Emisor.

Las reglas deben de ser amplias y permitir que todos los obligados al pago, según el respectivo Contrato, estén facultados para efectuar las impugnaciones.

El titular puede impugnar el resumen o Estado de cuenta hasta dentro de tres días después de recibido, por nota simple entregada o remitida a la entidad emisora, detallando claramente el error atribuido y aportando los datos que sirvan para esclarecerlo.

El emisor deberá acusar recibo de la impugnación en el momento de su entrega.

Debemos de tomar en cuenta que el período es un poco corto, debido a que las Entidades emisoras trabajan con sistemas computarizados que pasan automáticamente los cobros y pagos efectuados.

El Emisor debe proceder a corregir los errores, si los hubiere, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la impugnación, si se tratara de operaciones realizadas en el país, o de los cinco días siguientes si se tratara de operaciones realizadas en el exterior.

De igual forma, la Entidad emisora debe explicar claramente la exactitud de la liquidación, aportando copia de los “comprobantes” o fundamentos que avalen la situación.

Según los detractores de este tipo de acciones a que tienen derecho los tarjeta-habientes, éstas producirían dilaciones en detrimento de la economía, sencillez y celeridad de los trámites impugnatorios, que, en definitiva perjudicarán también al usuario, razón por la cual corresponde proceder a la observación de las partes pertinentes en el Contrato³⁰³.

Esto último ha sido criticado por la red de defensa de consumidores en el ámbito internacional, porque la entidad emisora sabe perfectamente que el Contrato que la misma emite, es de naturaleza adhesiva³⁰⁴.

Si se nos preguntase a nosotros que opinamos respecto a esto, diremos que no es cierto que si los Bancos o las Entidades emisoras de tarjetas de crédito tiene que dar explicaciones se va a afectar la economía, sencillez y celeridad de los trámites impugnatorios, eso es falso de toda falsedad; esto es una prueba más del intenso *lobby* de

³⁰³ Carlos Gilberto Villegas. Tarjeta de Crédito. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza. Arg. 1999. p. 357, 366 – 372.

³⁰⁴ Daniel Gerardo Reynoso. Tarjeta de Crédito. Editorial: Depalma. Bs. As. 2000. p. 293 – 295; Carlos Alberto Bollini Shaw – Mario Goffan. Tarjetas de Crédito. editorial: Abeledo – Perrot. Bs. As. 2000. p. 142; Roberto A. Muguillo. Tarjeta de Crédito, 2º edición actualizada y ampliada. Editorial: Astrea. Bs. As. 1994. p. 119 – 121.

algunos Bancos y Entidades emisoras que quieren seguir actuando como en el siglo pasado y que creen que la tecnología sirve nada más que para ganar más dinero pero no para brindar mejores servicios.

Siguiendo con dicho mecanismo a que debe tener derecho todo titular de alguna o algunas tarjetas de crédito, mientras dure el período de impugnación el Emisor no podrá impedir ni dificultar de ninguna manera el uso de la tarjeta o tarjetas del titular o usuarios adicionales, **mientras no se supere el límite de compra fijado en el Contrato.**

Aquí lo que nosotros queremos introducir es un “**condicionante**” al deber de la Entidad emisora de no impedir ni dificultar el uso de la tarjeta mientras dure el trámite de impugnación y es que “no se supere el límite de compra” autorizado.

Pero tampoco queremos dejar a un lado lo referente al caso de que se imputan al titular operaciones que él no ha realizado y con ellas se exceda el límite de compras. Por consiguiente dicha situación también debe concebirse dentro de el mecanismo de impugnación a que tiene derecho el tarjeta-habiente.

En nuestra realidad es común que el titular de la tarjeta de crédito (el tarjeta-habiente, término éste último utilizado como neologismo que significa “que tiene tarjeta”) no impugna el Estado de cuenta con el fin de dilatar el pago, sino que lo hace porque se incluyen en el Estado de cuenta operaciones que él no ha realizado o de buena fe cree no haber realizado (como cuando el comercio adherido figura con otro nombre o con el nombre del propietario y no con el nombre comercial). De manera que la subsistencia de la obligación de pagar un monto mínimo –según la proporción fijada – con relación al total de las compras no impugnadas, parece más que razonable.

Pretender que todo lo antes dicho, conspire o va en “detrimento” de la economía, sencillez y celeridad de los trámites impugnatorios, es algo insostenible.

Una vez que son dadas las explicaciones por el Emisor, el titular debe manifestar si le satisfacen o no, una vez que han llegado a su conocimiento, si no lo hace, se entiende que media la aceptación tácita. En cambio si el titular observa esas explicaciones, el Emisor debe resolver la cuestión en forma fundamentada, en un plazo de tres días hábiles, vencidos los cuales queda expedita la acción judicial para ambas partes.

El proceso antes establecido, viene a llenar un vacío para todos aquellos casos en que el Emisor no reconociera la existencia de un error en el resumen o Estado de cuenta impugnado.

Quizás puedan existir otras soluciones que vengan a llenar dicha situación, pero las mismas deben derivar el tema a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de los Consumidores, porque a través de un procedimiento administrativo, menos oneroso y más sencillo, se puede poner remedio a estos problemas de falta de acuerdo entre los tarjeta-habientes y los Emisores de las tarjetas de crédito que actúan en el mercado de bienes y servicios.

Nuestra Ley de Defensa de los Consumidores debería tener previsto todo un mecanismo para la solución de estos conflictos y a ello debe remitirse la autoridad judicial.

De todas formas, siendo los usuarios de tarjetas de crédito verdaderos “consumidores”, pueden concurrir al procedimiento administrativo plasmado actualmente en nuestra Ley, y allí plantear las dificultades que tengan con las Entidades emisoras o representantes de emisores.

Hay que estar claros que el pago mínimo que figura en el resumen o Estado de cuenta, antes de vencer el plazo de impugnación o mientras se sustancia el mismo, no implica la aceptación del mismo.

De todos modos es una regla necesaria porque también es común que los usuarios de tarjetas de crédito adviertan los errores después o al momento de efectuar el pago, siendo común que alguien pague y contemporáneamente haga las observaciones del caso. De manera que hemos creído necesario que esta nueva situación sea despejada de dudas de esta manera con el objeto de proteger adecuadamente los derechos del consumidor sin lesionar los del emisor o de la Entidad que administra las tarjetas de crédito.

En el caso que los usuarios no impugnan el Estado de cuenta en tiempo y forma el saldo del mismo se considerará aceptado.

Esta conclusión que es obvia fue sostenida por la jurisprudencia argentina ante mecanismos de impugnación convencionales establecidos contractualmente a los que se les reconoció validez. Para una mayor comprensión de este punto transcribiremos los fallos de dicho Tribunal³⁰⁵:

“La sentencia debió estar a los resúmenes de cuenta, que al no ser observados por el deudor en el tiempo contractualmente previsto devinieron insusceptibles de impugnación y su saldo exigible de pleno derecho -en principio y a salvo lo que diré infra -. Los mentados instrumentos devinieron ‘fehacientes’ por causa del sistema convencional aplicable y la falta de oportuna impugnación. Se debe precisar que pese a la letra del art. 793 párr. 2º del Código de Comercio, ha sido considerado que los saldos allí mencionados como ‘definitivos’, son empero, revisables a tenor de lo previsto por el art. 790 del Código de Comercio. En tal sentido, ha sido dicho ...que el art. 739 del Código de Comercio inhibe para cuestionar argumentalmente el saldo fijado en la cuenta; pero no deroga la posibilidad de revisar fundadamente las partidas viciadas de la cuenta, para lo cual el art. 790 otorga 5 años. Esta interpretación hace compatible ambas normas. Pero en tal hipótesis, el titular de la acción (sic. Art. 790 Código de Comercio) de impugnación o de rectificación del saldo tiene obviamente la carga de deducir esa acción y, en su caso y según el art. 377 del Código de Procesal, la carga de probar los hechos en que se funde”. CNCom., Sala D, octubre 9 – 1987. Banco Liniers, S.A. c/ Chirón Julio A. L.L. 1988 – D, 173.

³⁰⁵ Carlos Gilberto Villegas. Tarjeta de Crédito. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza. Arg. 2000. p. 372 – 374.

1. Los accionados recibieron los resúmenes de gastos mensuales de la tarjeta de crédito y no los impugnaron en el plazo de ocho días a partir de su recepción, por lo tanto el banco los tuvo por aprobados de conformidad con lo acordado en la *solicitud* de tarjeta de crédito, cláusula que no puede considerarse abusiva, dentro de un Contrato por adhesión, ya que la Ley contempla algo similar respecto a los saldos de cuenta corriente bancaria.

2. El *principio de buena fe* que se receipta en el art. 1198 del Código Civil es un principio de ida y vuelta, es decir que así como se exige al banco o a cualquiera que funja como entidad administradora de tarjetas de crédito que lo respete, igual exigencia tiene el cliente, y si recibidos los resúmenes de cuenta de su tarjeta de crédito y cuenta corriente no los impugna en el plazo establecido contractualmente e intimado al cierre de la cuenta con especificación de la suma debida e intimado a que abone la deuda guarda silencio, contraría aquel principio de buena fe al impugnar las extracciones de su cuenta cuando contestan la demanda.

3. La omisión de la demanda de impugnar las liquidaciones en las que se incluían gastos presuntamente no realizados por ella con su tarjeta de crédito tiene como efecto que se la considere conforme con el monto de lo adeudado en defecto de prueba en contrario y en autos no se niega que los demandados recibieron en su domicilio los resúmenes mensuales y no se prueba que los hubiesen impugnados.

4. Aun impugnados los resúmenes de tarjetas de crédito o cuenta corriente que remiten los Bancos, ello no quita la posibilidad de una revisión del saldo, pero la única reserva que debe admitirse al principio de la inmutabilidad de las resignaciones asentadas una vez aprobadas las cuentas, se relacionan con los vicios puramente formales o errores de calculo por lo que se descarta la introducción de razones sustanciales atinentes a la legitimidad de las inclusiones o eliminaciones de partidas. C 1° CC Mar del Plata, Sala II, marzo 4 – 997, Banco Provincia de Buenos Aires c/ Nieto Juan y otra. La Ley, Buenos Aires, n° 6, julio de 1998. Pág. 768. *Idem* CNCom., Sala E, abril 4 – 998. Diners Club Argentina, S.A. c/ Osella Armando y otro. *L.L.* 1989 – E, 164.

Por consiguiente, el derecho de impugnar las liquidaciones nace con motivo de la cuenta presentada por el administrador de la tarjeta de crédito, teniendo en cuenta que el Contrato es de naturaleza adhesiva y, que en él una de las partes toma decisiones unilaterales en dicha relación contractual.

Cabe acotar que es improcedente, (según nosotros) la impugnación de la totalidad de los resúmenes de cuenta de una tarjeta de crédito si no se precisan los rubros cuestionados ni se cumple con lo antes establecido.

7.3 Resolución del Contrato por falta de información cierta y efectiva antes y después del mismo respecto al Sistema de Tarjeta de Crédito

En principio la información que la Entidad emisora debe ofrecer al futuro titular de la tarjeta debe de ser **clara, veraz y efectiva**.

Es obligación de cualquier Entidad emisora ofrecer una información que contenga todo los aspectos pertinentes al Sistema de tarjetas de crédito, al Contrato que se va a suscribir y, al crédito que se va abrir a favor del futuro consumidor del mismo.

En la actualidad, en nuestro país, no se otorga por parte de las Entidades emisoras más comunes y aquellas que fungen como tal, como por ejemplo, los Bancos, la debida información referente a:

- a) Información sobre el “método” para calcular los intereses, tanto los moratorios como los compensatorios
- b) Información sobre el “método” para calcular los Servicios mensuales de mantenimiento del Sistema
- c) Qué debe entender el tarjeta-habiente por “Bonificación” (rubro que figura en los Estado de cuenta, y es sumado al saldo deudor)
- d) Qué debe entender el tarjeta-habiente por “Comisiones” (rubro que figura en los Estados de cuenta, y es sumado al saldo deudor)
- e)Cuál es el método para calcular las Comisiones y las Bonificaciones, sobre la base de qué se calculan estos rubros
- f) El cargo de intereses, el cliente no es informado sobre el valor liquido sobre el cual se está haciendo el cargo de los intereses. Partimos de esta falta de

información porque en principio no se le pueden hacer cargos al Estado de cuenta de los clientes, si antes no le remitís primero el saldo y éste es aprobado por ellos

- g) Cuál es el “método” para establecer el pago mínimo. Cómo hacen para asignar la cantidad que el usuario debe pagar en concepto de pago mínimo. Existe alguna media matemática sobre la cual se calcule el mínimo que se le estipula al usuario que debe de pagar, o es sobre el valor de las compras u locaciones que se establece dicho pago.

Es un deber que la *publicidad* emitida por la Entidad emisora de que se trate se haga constar, con carácter mínimo, cierta información referida a los puntos antes expuestos. Lo que tratamos de decir con esto es: que la oferta del Contrato debe contener información referida con anterioridad, en cuyo caso se exige la entrega al consumidor de un *documento informativo* al que se atribuye el carácter de oferta.

En esta primera hipótesis, la información contenida en la publicidad vincula a la Entidad emisora. En la segunda, también, pero hay que tener en cuenta que la propia naturaleza de la oferta ya determinaría el carácter vinculante de su contenido si recae la aceptación.

Es por esta razón que para nosotros la Entidad emisora, como actúa empresarialmente a la hora de ofrecer el crédito a un consumidor (usuario de la Tarjeta) estará obligada a entregarle antes de la celebración del Contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, o de la oferta vinculante, que deberá mantener durante un plazo mínimo de más o menos diez días hábiles desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no sean imputables a él.

Lo que se trata acá es de calificar el *documento informativo* que debe entregarse al consumidor como *oferta*, no se trata de imponerle a la Entidad emisora que suministre tal documento con carácter general sino sólo en el supuesto en que el consumidor lo solicite.

Además, lo antes expuesto se debe porque se le puede garantizar al consumidor la vigencia de las condiciones ofrecidas durante un plazo de diez días ya que, durante este plazo, la oferta puede ser revocada por la Entidad emisora (es por esta razón que calificamos a la oferta como *vinculante*).

Ahora bien, pasemos al “*contenido*”, se debe hacer constar **todas** las condiciones del crédito y aquellas referentes al Sistema, y al Contrato suscrito. Por ejemplo, referente al crédito, el tipo de interés aplicable al saldo deudor; respecto al Sistema, la forma o el método para calcular los intereses o para establecer el pago mínimo, etc., lo cual deberá hacerse constar en la oferta.

Nosotros incluimos la parte de la información en las posibles acciones que debe de poseer el tarjeta-habiente con el objetivo de dar a conocer que las Entidades de crédito (siendo la Entidad emisora de las tarjetas de crédito una de ellas) están obligadas a entregar al consumidor un documento con todas las condiciones del crédito y con carácter vinculante, caso contrario el usuario podrá acudir a mecanismos legales que poco a poco iremos presentando en este acápite.

Es sabido por todos nosotros que la transparencia bancaria recae en la confianza que dicha institución puede reflejar a los ahorrantes, y la misma ofrece un nivel de protección para el consumidor.

El incumplimiento de estos deberes “precontractuales” de información tanto si debieron haberse observado al realizar la oferta del Contrato como al emitir la publicidad relativa al producto o servicio en cuestión, puede producirse tanto por acción como por omisión.

Esto significa que tales deberes pueden ser incumplidos, bien porque no se informa al consumidor sobre todos los datos, o no se le informa en absoluto, es decir, se omite todo o parte de la información requerida, o bien porque la información suministrada, aún siendo completa es falsa o inexacta.

Al analizar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información conviene diferenciar una y otra hipótesis.

7.3.1 Información falsa o inexacta

Las consecuencias de la publicación de una información falsa o inexacta (con independencia de que pueda ejercitarse la correspondiente **acción de anulabilidad** del contrato o reclamar indemnización por *culpa in contrahendo*, y con independencia de que la publicidad emitida pueda calificarse como **engañosa**) deben resolverse conforme a los principios de buena fe y justo equilibrio contractual.

La Entidad emisora está obligada a ejecutar el contrato de acuerdo con la información precontractual incluida, bien en la oferta, bien en la publicidad. Si los datos contenidos en la oferta o la información suministrada en la publicidad no se corresponden con la realidad, de forma que la prestación que recibe el consumidor o las condiciones jurídicas que se le pretenden aplicar una vez celebrado el contrato son diferentes a las ofertadas o anunciadas en la publicidad, estamos ante un **incumplimiento contractual**.

Esta regla debe operar aunque el contenido del contrato sea diverso al de la oferta o al de la información publicitaria porque, el contenido de la oferta, promoción o publicidad prevalece sobre el del contrato, salvo que éste sea más beneficioso para el consumidor. El hecho de que el contrato contenga condiciones diferentes a las de la oferta o a la información publicitaria sólo excluirá el carácter vinculante de dicha información precontractual si se demuestra que las modificaciones son producto del acuerdo de ambas partes.

Cuestión última para nosotros muy difícil de imaginar por la naturaleza jurídica del contrato.

7.3.2 Omisión de la información

La omisión total o parcial de la información exigida en la Ley no puede resolverse siempre acudiendo a la Ley de Defensa de los Consumidores. En principio el resultado más

probable de la falta de información del consumidor será la posibilidad de éste de incurrir en un error. Por ejemplo, en la Tarjeta de crédito, la falta de indicación de la Tasa Anual Equivalente que, mediante un ejemplo representativo, debe incluirse tanto en la publicidad como en las ofertas relativas a la concesión del crédito, puede determinar el error del consumidor acerca del coste total del crédito. Lo mismo puede suceder si en una simple compraventa a plazos no se expresa el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos. El consumidor puede creer erróneamente, que la diferencia entre el precio de uno y otro tipo de venta es irrelevante no siendo así en realidad. Podría entender el consumidor que, aunque es discutible, la vulneración del deber de informar implica siempre la existencia de *dolo* por parte del incumplidor (*dolo omisivo* o *reticencia dolosa*).

Por consiguiente para nosotros se debe exigir que el Contrato emitido por la Entidad emisora al futuro usuario de la tarjeta de crédito conste en primer lugar por **escrito** y contenga **cierta información** que obligue a dichas Empresas emisoras a editar un *documento informativo* con el carácter de oferta.

En virtud de lo antes dicho, la no entrega del documento informativo, y la no inclusión de la preceptiva información (clara, veraz y efectiva) o la inexactitud de ésta permite al consumidor a **resolver el contrato celebrado**, además, en el caso de que falte la veracidad en la información suministrada al adquirente (entiéndase éste como el usuario de la tarjeta) podrá éste hacer uso de la **acción de anulabilidad del contrato**.

La atribución del consumidor de la facultad de *resolver el contrato* o *anularlo*, tiene como objetivo que éste siendo uno de los principales personajes dentro del Contrato de tarjeta de crédito, pueda obtener una información de todo lo que suscribe y a lo cual se plegara su consentimiento, debido a que estamos en presencia de un Contrato de naturaleza adhesiva.

No hay razón para impedir al consumidor exigir, a la empresa emisora de las tarjetas o aquella que brinda el servicio del crédito, que los mismos se ajusten a lo ofertado y se

adecuen a lo indicado en el contrato informativo, dándole, como única alternativa, la posibilidad de **resolver el contrato** en un plazo establecido por ambas partes, o si ya ha transcurrido dicho plazo, de ejercitar la **acción de anulabilidad**.

El Contrato de Tarjeta de Crédito debe hacerse constar por “escrito”, formalizándose en tantos ejemplares como partes intervinientes y debiendo entregarse a cada una de ellas el correspondiente ejemplar debidamente firmado, a su vez, las circunstancias que, junto con las condiciones esenciales del contrato, deben hacerse constar necesariamente en el documento contractual.

Si lo que se incumple es la exigencia de la forma escrita, el tarjeta-habiente o usuario de la tarjeta puede alegar la nulidad del contrato. Si, habiéndose celebrado por escrito, se omiten alguno de los datos que deben hacerse constar obligatoriamente, la consecuencia es la alteración de las condiciones del contrato lo cual acarrearía la resolución del mismo.

Por ejemplo, supongamos que no se hace el importe de los pagos periódicos que debe realizar el consumidor, la obligación de éste se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. Si se omite o se expresa de forma inexacta el calendario de devoluciones no podrá exigirse el pago al consumidor antes de la finalización del contrato. Si no se hace referencia en el contrato a la existencia de gastos que corran a cargo del consumidor no podrá exigirse a éste que los abone.

Supongamos que el contrato contenga todas las anteriores menciones, pero éstas sean inexactas, entonces se modularán las sanciones expuestas en función del perjuicio que haya sufrido el consumidor³⁰⁶.

Es por esta razón que para nosotros la forma escrita y una información veraz, clara y efectiva deben exigirse en este tipo de contratos, donde una de las partes se adhiere a la otra; por consiguiente las mismas son mecanismos de protección al consumidor que éste deberá observar.

³⁰⁶ Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores. Gema Botana García – Miguel Ruiz Muñoz. Ed: Mc. Graw Hill. Madrid 1999. p. 144, 145, 148 – 150, 153 – 157, 189 – 194.

Hasta aquí hemos visto en los contratos celebrados con consumidores que la forma prescrita para dichos convenios es el *documento privado*, una copia del cual debe entregarse al tarjeta-habiente o consumidor.

La forma escrita, unida a la posesión por parte del consumidor de un ejemplar del documento contractual, es el mecanismo que permite a éste estar convenientemente informado durante el desarrollo de la relación jurídica derivada del contrato celebrado. La protección del consumidor viene dada, no tanto por la redacción por escrito del contrato, como por la posibilidad de disponer de una copia del mismo que podrá consultar ante cualquier eventualidad.

Tratándose de que la Tarjeta de crédito es un crédito al consumo, la falta de “forma” en la misma debe ser sancionada con la **nulidad del contrato**.

Cuando nosotros hablamos de **nulidad**, debemos partir de la siguiente diferenciación para poder comprender nuestro punto de vista:

En primer lugar habrá que diferenciar la *nulidad* de la *anulabilidad*. La *anulabilidad* y la *nulidad* son dos tipos de ineficacia del contrato que operan en supuestos en que éste padece algún defecto estructural. La *resolución del contrato*, en cambio, nosotros la ocupamos como mecanismo de protección al consumidor, porque es un supuesto de extinción de la relación obligatoria sinalagmática (que puede derivar de un contrato perfectamente válido y eficaz) previsto por nuestro derecho común para evitar las consecuencias perjudiciales que el incumplimiento de uno de los contratantes ocasionaría al contratante cumplidor.

Por otra parte, la *anulabilidad* es un tipo de ineficacia dirigida a proteger exclusivamente a uno de los contratantes (al cual se le concede la legitimación para impugnar el contrato) la *nulidad* es un tipo de ineficacia dirigida a proteger a ambos contratantes, a terceros o basada en razones de interés general.

De lo antes expuesto se desprende que la situación existente es muy contradictoria, por qué razón jurídica?, simple y sencillamente porque se sanciona de distinto modo y acudiendo a mecanismos de distinta naturaleza para regular la inobservancia de la forma escrita, cuando el fundamento de la exigencia de “forma” debe ser el mismo en todos los casos.

Cabe añadir que la consecuencia prevista por lo antes expuesto, para el supuesto de la no documentación del contrato, es contraria a los intereses del propio consumidor.

La **Nulidad Absoluta** del Contrato en el supuesto de falta de “forma” beneficia al consumidor. La **Nulidad** supone la ineficacia *ab initio* del contrato celebrado y permite a cualquiera de las partes, incluso a cualquier tercero interesado, impugnar el contrato nulo.

El concedente del crédito podría pues en cualquier momento impugnar el contrato no documentado obligando al prestatario a devolver el crédito o restituir la tarjeta. Esta consecuencia como ya ha puesto de relieve la doctrina **con relación al crédito al consumo**, es claramente perjudicial para el consumidor, por lo que algunos autores opinan que la expresión *nulidad* no debe tomarse en sentido literal (esto nos refleja la falta de rigor técnico con que el legislador usualmente emplea este término), siendo preferible interpretar éste término y entenderlo de la siguiente manera: *que se trata de un supuesto de anulabilidad*.

Cuando la forma no se impone por la Ley con el fin de proteger a ambos contratantes sino, exclusivamente a uno de ellos, como ocurre en los supuestos que analizamos, es más conveniente acudir a la categoría de *anulabilidad* que a la de *nulidad*.

No obstante, la aplicación de la categoría de la *anulabilidad* a los contratos celebrados con consumidores no están exenta de problemas ya que el régimen de anulabilidad, tal y como viene siendo construido por la dogmática tradicional, resulta

inadecuado en algunos aspectos. Según la construcción tradicional la anulabilidad implica que el contrato afectado por ella es inicialmente eficaz, aunque con eficacia claudicante.

Esto supone que (a diferencia de lo que sucede en el supuesto de nulidad en el que contratantes podrían comportarse como si no hubiesen celebrado el contrato) el contratante legitimado debe ejercitar judicialmente la correspondiente acción de anulabilidad, siendo la sentencia judicial, que se califica como constitutiva, la que determina la ineficacia del contrato.

Imponer al consumidor la carga de acudir a los Juzgados y demandar a la empresa emisora para desvincularse del contrato realizado en los casos en que éste no se haya celebrado por escrito o no se haya entregado el correspondiente ejemplar del mismo ocasionaría considerables gastos y molestias, con frecuencia superiores a los eventuales perjuicios que pueda depararle la falta de forma.

Por ello, si se quiere utilizar la tradicional categoría de la anulabilidad en el ámbito del consumo y como instrumento de protección del consumidor, es necesario realizar las correspondientes adaptaciones. Así, para evitar el inconveniente que supone para el consumidor la necesidad de ejercicio judicial de la acción de anulabilidad hay quien toma como punto de partida la teoría que, frente a la tesis tradicional anteriormente expuesta, propugna que el contrato anulable es inicialmente ineficaz. Partiendo de este presupuesto se considera innecesario acudir a los Juzgados para ejercitar la acción de impugnación. **El consumidor podría así desligarse del contrato celebrado por su mera declaración de voluntad.**

Quizás lo más adecuado sería prescindir de categorías dogmáticas (clásicas) previas e intentar construir un régimen coherente y uniforme que dé solución a todos los supuestos en que se impone la forma escrita como mecanismo de protección de los intereses del consumidor.

Lo que tienen en común todos los supuestos es que **se permite al consumidor desligarse del contrato no documentado**, cosa que no le está permitida a la otra parte contratante. A esta conclusión se llega también en el supuesto del crédito al consumo, aunque la sanción aplicable sea la *nulidad* del contrato celebrado. Y ello por la siguiente razón: *con carácter general el principio de buena fe impide al contratante que ha causado el defecto de forma hacer valer tal deficiencia para obtener la ineficacia del contrato*. Por consiguiente, también en estos casos, el único legitimado para desvincularse del contrato celebrado basándose en la ausencia de documentación es el consumidor. Además ha de tenerse en cuenta que las normas deben interpretarse conforme a su espíritu y finalidad, y lo que se pretende en los supuestos indicados es proteger al consumidor.

La facultad del consumidor de desligarse del contrato no documentado debe entenderse que no precisa ser ejercitada judicialmente. Esta afirmación nos plantea problemas en el supuesto calificado por nuestro derecho común como de *nulidad*, ya que la *nulidad* nos tiene que ser declarada judicialmente, a no ser, que alguno de los contratantes se niegue a reconocerla. Tampoco en el supuesto de *resolución*, porque la falta resolutoria puede ejercitarse de forma extrajudicial. En cuanto a la hipótesis de *anulabilidad*, hemos visto cómo puede evitarse el inconveniente que genera la tesis tradicional. Mantener la necesidad de impugnación judicial del contrato no documentado resultaría contrario a los intereses del consumidor e incongruente con la finalidad de las normas que imponen la forma escrita.

Esta solución, **posibilidad del consumidor de desvincularse del contrato no plasmado por escrito por medio de la oportuna declaración de voluntad**, esto es, sin necesidad de acudir a los Juzgados, puede aplicarse analógicamente en nuestra opinión, a los supuestos para los que la Ley no liga ninguna sanción específica a la ausencia de documentación.

En definitiva lo que pretendemos nosotros con lo antes expuesto es imponer la obligación de documentar el Contrato de Tarjeta de Crédito y entregar una copia al

consumidor, garantizándole a éste la información necesaria acerca de sus derechos, deberes, etc., a lo largo de la relación contractual, lo lógico es entender que al consumidor le está permitido no sólo desvincularse del contrato no documentado, sino que también reclamar a la otra parte contratante el cumplimiento de tal exigencia.

No tiene sentido dotar al consumidor o tarjeta-habiente, como única opción, la facultad de desligarse del contrato celebrado, obligándole a prescindir del servicio del crédito concedido.

De hecho al consumidor frecuentemente no le interesará desligarse del vínculo contractual por lo que dicha facultad tiene sentido, sobre todo, como medio de constreñir a la otra parte contratante a cumplir con sus obligaciones en cuanto a la documentación e información del contrato y del Sistema.

7.3.3 Control de Inclusión de cláusulas predisuestas

Los requisitos que ha de cumplir el predisponente (empresa Emisora de la Tarjeta de Crédito) a fin de que sus cláusulas formen parte del Contrato celebrado y que las mismas observen ciertos principios sustanciales coincidentes con los establecidos por nuestro derecho común.

7.3.3.1 Requisito de Perceptibilidad y Comprensibilidad

En primer lugar, perceptibilidad y comprensibilidad, en cuanto se exige que dichas cláusulas reúnan el requisito de *concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa*. Por consiguiente serán ineficaces en cuanto se utilicen frente a consumidores o usuarios las cláusulas incomprensibles y con poca perceptibilidad.

7.3.3.2 Requisito de entrega o facilitación al cliente del clausulado contractual predispuesto

En segundo lugar se requiere la entrega y facilitación al adherente de un ejemplar del clausulado predispuesto. En este sentido se deben de excluir los reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en cualquier momento contractual.

En consecuencia, para que el clausulado predispuesto forme parte del contrato debe incluirse en el propio documento contractual y por encima de la firma; o bien podrá encajar en dicho documento pero por debajo de la firma o en el reverso, siempre que en tal caso se haga referencia al clausulado en la antefirma; o bien podrá encontrarse en un documento por aparte del documento contractual, en cuyo caso este último tendrá que contener una referencia en la antefirma y deberá hacerse entrega al adherente de tal documento separado previo o simultáneo a la celebración del contrato.

7.3.3.3 Control de Contenido

Los mecanismos de control de contenido son aplicables exclusivamente a las condiciones generales y las cláusulas predispuestas generales en la medida en que sean utilizadas frente a consumidores o usuarios de bienes y servicios.

El sistema elegido por nosotros, responde al que se puede considerar *modelo clásico* el cual se apoya en la formulación de una cláusula general de control de contenido predispuesto, a la que se ha establecido un *listado o catálogo* meramente ejemplificativo de cláusulas que se reputan abusivas por no superar el control de contenido.

Las cláusulas predispuestas e impuestas que puedan “pasar” el control del contenido, deberán reunir, los principios de *buena fe* y *justo equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas; por otra parte, se consideran **cláusulas abusivas** las *cláusulas predispuestas e impuestas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un*

desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El criterio determinante para llevar a cabo el control de contenido viene dado por el **principio de buena fe**, de modo que no superarán el control de contenido aquellas cláusulas predispuestas e impuestas que regulen los derechos y obligaciones de las partes de modo contrario a las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor o usuario – adherente.

La noción de buena fe ha de entenderse en sentido objetivo, en cuanto comprensiva de la regulación aplicable a ese tipo de contrato para resolver el aspecto de que se trate conforme al derecho dispositivo, a los usos y a la que razonablemente pueda considerarse una regulación de los derechos y obligaciones de los contratantes equilibrada y conforme a las expectativas de éstos.

Por consiguiente el control de contenido consiste en confrontar o comparar la regulación de los derechos y obligaciones de las partes establecidas por las cláusulas objeto de enjuiciamiento con la que resulte del principio de buena fe en los términos que acaban de ser expuestos, de modo que si la primera discrepa de la segunda habrá de reputarse abusiva, a menos que concurran razones válidas y admisibles que justifiquen dicha divergencia.

Dentro del *catálogo* ejemplificativo de cláusulas que se consideran en todo caso abusivas podemos establecer las siguientes, (recordemos que este tipo de catálogo tiene como objetivo la misión de concretar la cláusula general de contenido y orientar a la autoridad judicial respecto al modo en que ha de interpretarse)

- a) En primer lugar se recogen las cláusulas que importan *vinculación del contrato a la voluntad del profesional*, en el se incluyen todas las cláusulas que permiten al predisponente decidir unilateralmente acerca de

- la interpretación, validez, exigibilidad, cumplimiento, resolución, etc., del contrato.
- b) En segundo lugar bajo el término: *privación de derechos básicos de los consumidores*, se recogen, las cláusulas que limitan o excluyen los derechos que, conforme a las reglas generales sobre obligaciones y contratos, corresponden a uno de los contratantes en caso, entre otros, de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del otro contratante.
 - c) En tercer lugar, bajo el término: *falta de reciprocidad*, se incluyen ciertas cláusulas que desplazan ciertas reglas legales aplicables a los contratos sinalagmáticos.
 - d) En cuarto lugar, bajo el término: *sobregarantías*, se incluyen dos supuestos heterogéneos, relativos a cláusulas que establezcan garantías desproporcionadas al riesgo asumido por el predisponente y a las que modifiquen las reglas legales en materia de distribución de la carga de la prueba.
 - e) Por último, bajo el término significativo de: *otras*, podemos incluir una asistemática miscelánea de cláusulas diversas, en parte nuevas y en parte reiterativas de las establecidas en los apartados anteriores.

En términos generales, el resultado no podría considerarse feliz, dado que se podía haber establecido un *catálogo* mejor sistematizado, más sencillo, menos extenso y, por tanto, más útil.

Estamos ante un **catálogo de carácter ejemplificativo u orientativo, no exhaustivo**, en el que se recogen cláusulas que se consideran en todo caso prohibidas (sistema de lista negra).

Lo primero significa que nada impide que sean declaradas abusivas otras cláusulas de las que aparecen expresamente recogidas en el catálogo: la función de éste se agota en

orientar o ejemplificar para facilitar la labor judicial de aplicación de la cláusula general de control de contenido.

Lo segundo significa que las cláusulas concretamente recogidas en el catálogo deberán considerarse en todo caso abusivas y prohibidas, esto es, sin posibilidad de que como consecuencia de la valoración discrecional del Juez puedan considerarse permitidas.

A decir verdad, sin embargo, esto último no deja de ser un poco más que una declaración de intenciones, porque a la hora de enunciar las distintas modalidades de cláusulas prohibidas se ha empleado un número considerable de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que harán inevitable la actividad de valoración discrecional del Juez.

7.4 Aumento unilateral del crédito por parte de la Entidad emisora

Es bien sabido que la Entidad Emisora puede aumentar el crédito concedido al usuario de la tarjeta unilateralmente “informándole” por medio de cartas o llamadas telefónicas, y en la actualidad por la inclusión de fax.

Ante esta situación el usuario puede optar por las siguientes decisiones:

- a) Aceptar el incremento del monto establecido por la Entidad emisora en el momento en que la misma se lo hace saber (aunque dicho aumento ya fuere establecido simultáneamente por ella), o simplemente hace caso omiso a dicha información pero utiliza la tarjeta, aceptando tácitamente el nuevo crédito.

Es decir, puede aceptarlo expresamente o tácitamente.

- b) Rechazar el aumento establecido unilateralmente por la Entidad emisora, abocándose a las oficinas de la Entidad a solicitar que se le mantenga el crédito primitivo, es decir, el estipulado en el primer contrato, ó que se le extienda un nuevo contrato en el cual se estipule el nuevo monto y que a su vez se le de la información debida respecto a las condiciones que tuvo a bien la Entidad emisora para aumentarle su crédito.

Dicha “solicitud” se remite formalmente (por escrito) en la cual se deberá detallar precisa y concisamente el aumento estipulado en la tarjeta de acuerdo al contrato suscrito, es decir el monto primitivo, y el nuevo monto del que se pretende se haga uso por parte del usuario, y la forma en que fue informado de dicha decisión por parte de la Entidad en aumentarle su crédito (por medio de carta (s), llamada telefónica, fax, etc.)

Ante todo esto la Entidad emisora debe ajustarse a la voluntad del usuario y dar cabida a sus inquietudes u observaciones, ya que es un derecho de éste último el ser informado de todo lo que le atañe y le sujeta al Sistema y al Contrato.

En el caso que la Entidad emisora haga caso omiso al rechazo del usuario, éste tendrá el derecho de **rescindir el contrato**.

Vemos en este apartado como se conjuga lo referente a la información que debe obtener el usuario de la Entidad emisora, en lo que respecta a que si la Entidad emisora no sustenta la decisión que ha tomado en aumentarle el crédito a su cliente, o simplemente asevera que dicho aumento se debe a que éste posee un *record intachable* de pagos, al usuario de la tarjeta no se le estará proveyendo de información veraz y efectiva respecto a este tema que lo inmiscuye, y por consiguiente podrá rescindir el contrato.

Caso contrario, si la Entidad emisora evacua todas las inquietudes de su cliente referentes a dicho aumento, y si las mismas satisfacen a éste y las acepta, dicho aumento tendrá cabida.

7.5 Vía para declarar la nulidad de la cláusula abusiva

De acuerdo con el parámetro de la protección del consumidor en sus intereses económicos y sociales y de su vinculación con otros derechos constitucionales, la ley, la moral o las buenas costumbres, la cláusula general de la buena fe, el deber de informar en las negociaciones preliminares, además de la razonabilidad y proporcionalidad en las cláusulas de intereses en el contrato de tarjeta de crédito, permiten determinar en los tribunales competentes la nulidad o anulabilidad de la misma, y consecuentemente, amputar el contrato con la debida interpretación e integración, y en última instancia la nulidad total.

Lo anterior hace posible que el consumidor tenga derecho acceder a la justicia con el fin de lograr la nulidad parcial del contrato y sus consecuencias que pueden ser hasta la nulidad total del mismo.

7.5.1 Instancia para declarar la nulidad de la cláusula abusiva

El artículo 66 del Reglamento a la Ley de Defensa de los Consumidores, establece que:

“Los consumidores que consideren que han sido lesionados en sus derechos, y que no hallan recibido una respuesta satisfactoria de parte de su proveedor, podrán hacer valer los mismos, ante las siguientes instancias”:

c) Los Tribunales comunes. Sin perjuicio de la instancia administrativa a que hace referencia el presente Reglamento, los consumidores podrán ejercer su derecho de acción ante los tribunales competentes, sean éstos civiles o criminales cuando así lo estimare conveniente³⁰⁷.

Para hacer valer sus derechos, el consumidor puede acudir a la vía administrativa o a la judicial, sin que estas se excluyan entre sí, excepto si se opta por la vía judicial.

³⁰⁷ Decreto A.N. No. 2187 Reglamento a la Ley No. 182 Ley de Defensa de los Consumidores. Diario Oficial La Gaceta No. 169 de la República de Nicaragua. Managua, viernes 3 de septiembre de 1999.

En la vía judicial debe seguirse un proceso sumario. El Juez, en los procesos por demandas de los consumidores para hacer valer sus derechos, una vez contestada la demanda y siempre que se trate de intereses exclusivamente patrimoniales, realizará una audiencia de conciliación con el fin de procurar avenir a las partes a un acuerdo. De no lograrse, se continuará con el trámite del proceso.

Capítulo VIII. Análisis de Resultado

Podemos señalar que nuestro Ordenamiento Jurídico carece de una regulación específica ante esta relación contractual (Entidad emisora – Tarjeta-habiente; Contrato de Emisión de Tarjeta de Crédito), lo que convierte a este contrato en atípico, es decir, no existe ninguna disposición en el derecho común que lo comprenda, así como no hay una normativa específica que lo contemple. Lo que existe en el derecho positivo nicaragüense es una Ley de Defensa de los Consumidores (Ley No. 182) que en términos generales regula lo relativo a la protección contractual y al Contrato de adhesión, categoría esta última a la cual pertenece el Contrato de Tarjeta de Crédito; pero no hace énfasis en este último.

Aprovechando este vacío jurídico las Entidades emisoras de tarjetas de crédito ubican en un plano de total desigualdad y desprotección a la parte más débil de la contratación, como es el *usuario* o *tarjeta-habiente*. En tal sentido, la ausencia de disposiciones legales o mecanismos jurídicos suficientes afectan cuantiosamente al usuario del crédito.

A su vez el otro sujeto de la relación contractual, el *fiador*, se ve desprotegido ante los abusos que pueda llevar a efecto la Entidad emisora, tal como lo referido a la decisión unilateral de aumentar el monto del crédito a su afianzado de una manera desmedida, de lo cual éste no es informado, ni media su aceptación.

Dicha situación en nuestra actualidad se ha vuelto común, basta revisar los expedientes en cualquiera de nuestros Juzgados para darnos cuenta de dicho incremento, y en la forma en que las Entidades emisoras acuden al fiador cuando el titular de la tarjeta se encuentra en mora para que aquél responda por el monto deudor, monto que la mayoría de las veces es totalmente diferente al que en un primer momento el fiador afianzo. Inclusive, pese a que en nuestro derecho común está ampliamente regulada la figura de la fianza,

donde se señala que cualquier transacción hecha entre el deudor principal y el acreedor es de ningún efecto para el fiador en contra de su voluntad (**Arto. 3701 párrafo 2º C**).

En este sentido podemos aseverar que: en nuestro Ordenamiento Jurídico las normas y leyes con las cuales deben operar y atenerse en la vida cotidiana los consumidores o usuarios de tarjetas de crédito no les son suficientes o ventajosas.

Cabe acotar que uno de los elementos personales más desprotegidos, además del propio usuario de la tarjeta, es el fiador, si bien anteriormente hablábamos de éste sujeto cabe recordar que él mismo visto como elemento personal de suma importancia en la relación contractual, puesto que es él quien soporta al crédito, se reputa desde el punto de vista mercantil como codeudor, puesto que dentro de las obligaciones mercantiles como la que nos ocupa es visto como un fiador solidario que responderá automáticamente si el deudor principal de la obligación incumple con la (s) obligación de pago que éste debe observar.

Pese a que es considerado como un codeudor, lo cual no significa que pueda interpretarse como una aceptación tácita por parte de él, cuando la Entidad emisora incrementa el monto inicial al titular de la tarjeta; es necesario que se tome en cuenta el consentimiento del mismo para que no se violente unilateralmente la contratación, lo que podría acarrear una nulidad absoluta en dicho aumento.

La anterior aseveración surge porque en la actualidad, nuestros ordenamientos son demasiado clásicos para los nuevos aires de renovación económica que han tocado a las puertas de nuestro país. Es decir, se estila que dichas relaciones (Entidad emisora – Usuario de la tarjeta; Usuario de la tarjeta – Fiador; Fiador – Entidad emisora; Entidad emisora – comercio adherido; Comercio adherido – Usuario de la tarjeta) puedan reglarse o regularse por medio de nuestros Códigos o por medio de Leyes clásicas o en algunos momentos incompletas, se deberá asegurar por parte de las autoridades correspondientes que las Entidades emisoras prevean el marco jurídico donde deberán operar; caso contrario, si se

establecen Leyes que le atinen al meollo del asunto (ya que no se trata de renovar de una sola vez y por causa de situaciones particulares y específicas, todo un Sistema) y se dota de mecanismos jurídicos a las partes interesadas y más débiles en dicha relación contractual, se instauraría un marco jurídico que navegaría de la mano de dichos aires de las nuevas contrataciones modernas.

Pero bueno, siguiendo con el análisis que nos compete y compromete, en lo que respecta a nuestro Código Civil, dicho cuerpo de ley regula la situación del fiador cuando se le incrementan los montos del crédito al titular de la tarjeta, sin su consentimiento, aplicando para ello la norma establecida en el **artículo 3726**, donde se establece que cualquier novación realizada en el contrato que el fiador haya afianzado sin su consentimiento, extinguirá la obligación de éste. Cabe recordar que en la mayoría de las legislaciones modernas o post-modernas, la figura de la novación ha dejado de existir; sin embargo ni el Código de Comercio, ni la Ley de Defensa de los consumidores establece absolutamente nada respecto a las situaciones de transformaciones de obligaciones por otras o de nuevos elementos en el contrato. Es por esta razón que nosotros dotamos al fiador de la **nulidad absoluta del contrato de fianza** cuando no medie su voluntad en el incremento unilateral del crédito por parte de la entidad emisora, basándonos en el párrafo 2º del artículo 3726 de nuestro Código Civil; el artículo 2201 inco. 1º de dicho cuerpo de ley, y el artículo 2005 inco. 2º C.

En la cuentas de los Sistemas de tarjetas de crédito en nuestro país, ni siquiera se registran los asientos, los cuales pueden tener dos características: asientos motivados por operaciones con primera fase extinguida entre el usuario y establecimiento comercial y asientos motivados por operaciones con primera fase extinguida entre usuario y emisor o establecimiento y emisor. En estos casos, la segunda fase se cursa por el Sistema de tarjetas de crédito, la que al admitirse en cada cuenta respectiva produce una novación. Con relación a los asientos motivados por operaciones con primera fase extinguida entre usuario y establecimiento, su respectiva registración en cada cuenta los divorcia de su origen y se convierten en operaciones propias de las partes de la cuenta, es decir, operaciones entre

emisor y usuario en la cuenta del último. En otras palabras se produce una novación mediante el mencionado divorcio de su origen y correlativa conversión.

Por ejemplo, si el usuario tuviera una deuda con el emisor ajena a la cuenta, su inclusión en la cuenta produciría novación. Por ejemplo, el usuario es deudor del arancel de incorporación al sistema de tarjetas de crédito. Esta deuda es ajena a la cuenta porque no se origina en una operación que el usuario “decide” cursar por el sistema. Se origina en el contrato de incorporación al Sistema y es una obligación paralela pero independiente de las operaciones que el usuario genera mediante el uso de su tarjeta. El emisor podría percibir el cobro de aranceles por fuera de la cuenta, y si el usuario no pagara la factura correspondiente sería deudor del arancel, pero no deudor del saldo de su resumen de cuenta.

“Lo anterior pasa con el fiador, el ha afianzado un monto inicial, en un Contrato, por consiguiente está obligado al mismo; pero cuando la Entidad emisora aumenta unilateralmente dicho monto, establece una nueva obligación ajena al contrato, ya que dicho incremento ni siquiera consta en un nuevo contrato, ni se renueva el anterior dejándolo sin efecto por la nueva incorporación de la cantidad acrecentada por la Entidad emisora. En otras palabras, al admitirse el nuevo incremento en el monto por parte de la Entidad emisora y por el titular de la tarjeta, ésta se divorcia de su origen y se asienta como una nueva obligación, es decir una novación. Ahora bien, no significa que la operación no siga existiendo entre las partes, pero ya no se podrá exigir al fiador, sin antes haber sido consultado e informado éste, que responda por el nuevo monto”.

Ahora bien, pasando a otro punto, el objetivo estratégico de la Ley de Defensa de los Consumidores es establecer un proceso administrativo, pese a esto los tarjeta-habientes y demás sujetos involucrados en dicho Contrato no acuden a las oficinas de la Dirección de Defensa de los Consumidores (DDC), ya sea por desinformación o porque incide en ellos la propia Entidad emisora, sino que evacuan sus reclamos e insatisfacciones ante el departamento de Servicio al cliente que posee cada Entidad emisora.

Mientras que la Entidad emisora acude al juicio ejecutivo para poder cobrar el saldo deudor al tarjeta-habiente o aquel que ha afianzado dicho crédito.

Es debido a dicho desequilibrio a la hora de hacer valer los derechos y las verdaderas obligaciones que deben observar cada uno de ellos que en nuestra investigación hemos dotado a los tarjeta-habientes de mecanismos u acciones jurídicas a los cuales puedan acceder con el objetivo de agotar la vía administrativa o ir directamente a la vía judicial.

La autoridad judicial por consiguiente deberá examinar cada uno de los mecanismos a los cuales recurrirá el usuario de la tarjeta, para analizar detalladamente si verdaderamente se ha abusado de la buena fe y de los intereses de éste, es decir, si la Entidad emisora abuso del estado de debilidad en la relación pre-contractual, contractual y en las situaciones anteriores, posteriores e ulteriores, en el Sistema de tarjeta de crédito.

Es por esta razón que en los contratos examinados en dicha investigación hemos observado que el contenido de dichas cláusulas entran en una evidente contradicción con lo establecido en la Ley de Defensa de los consumidores, Ley No. 182; por ejemplo, el hecho que en el contrato la mayoría de las veces está escrito o redactado en letras chicas, es decir, imposibles de descifrar y de entender para una persona de visión normal o calibrada; el contrato o la mayoría de los contratos remiten al usuario de la tarjeta a textos, folletos, e inclusive leyes y normativas que no se contemplan en el mismo, y que no son permitidas por la Ley; a su vez nuestra Ley establece que el proveedor de bienes y servicios debe proveer a los consumidores o usuarios de una información veraz, clara y efectiva, lo cual no sucede en la actualidad, ya que al usuario no se le informa de manera suficiente y exhaustivamente sobre el cálculo de los intereses, el establecimiento del monto mínimo, el método que se utiliza para elevar el monto del crédito, así como información referente al Contrato, qué significa el clausulado con el cual esta estructurado el contrato; así como toda la información referente al Sistema de tarjeta de crédito.

Por tal razón afirmamos que en la mayoría de estos contratos las cláusulas establecidas son abusivas, ya que van en detrimento, no sólo de los intereses de los tarjeta-habientes, sino de sus derechos que poseen como verdaderos consumidores; esto nos da la

pauta para aseverar que predominan cláusulas abusivas que importan desprotección a los consumidores porque los pocos mecanismos que nos dota nuestra Ley de Defensa de los Consumidores, son insuficientes.

Por tal razón el tarjeta-habiente puede impugnar el contrato alegando nulidad relativa de ciertas cláusulas, por ejemplo: las que desnaturalizan los derechos de ambas partes, las que importen renunciaciones o restricciones de derechos; de igual forma tiene derecho a impugnar el resumen o Estado de cuenta que le remite la Entidad emisora sino cumple con todos los requisitos establecidos; de igual manera estará obligada, la Entidad que administra las tarjetas de crédito, a proveerlo de información acerca del Sistema, y el crédito establecido en el contrato, a como también información sobre el propio contrato que va a suscribir el tarjeta-habiente, sobre el método a utilizar para el cálculo de los intereses; la forma de establecer el monto de pagos mínimos, y cómo se hace para aumentar el crédito concedido al tarjeta-habiente; el usuario también tiene derecho a impugnar el contrato si este no cumple o prevea lo antes señalado.

En el análisis llevado a cabo pudimos comparar las legislaciones de Argentina, Costa Rica, y España, referentes a cómo las mismas regulan los derechos de los consumidores y usuarios, con nuestra propia legislación; de este análisis pudimos observar que todos los sistemas de protección al consumidor se han construido sobre la base del reconocimiento explícito e implícito de que los consumidores presentan condiciones de vulnerabilidad en el mercado en relación a la posición dominante que ejercen las empresas proveedoras de bienes y servicios, sean estas de carácter público o privado. Consecuentemente, en estas legislaciones (Argentina, Costa Rica y España) se reconoce un grupo de derechos básicos de los consumidores, entre los cuales se encuentra el derecho a la seguridad, a la información, y a la libre elección, los cuales deben ser tutelados por el Estado.

La iniciativa y el liderazgo de fortalecimiento de los derechos del consumidor ha provenido tanto de la sociedad civil como de la voluntad política del Estado.

En el caso del modelo argentino, este proviene de una sociedad que se caracteriza por la existencia de fuertes raíces de democracia, en la cual la participación y organización de las personas constituye un rasgo esencial de su funcionamiento. No obstante en la historia de dicho país se han presentado intereses contrarios a la participación de la sociedad civil en el tema de la protección al consumidor.

El segundo caso (Costa Rica) el modelo seguido por este país se basa en seguir los desarrollos económicos en materia de competitividad, es decir, legislar a tono con el desarrollo que se vaya alcanzado a nivel económico y social, el Estado se planteó la necesidad desde la política económica de abordar el tema de la protección al consumidor y a los usuarios de bienes y servicios como prioridad y componente de la estrategia de modernización de la economía.

De todas formas, la principal conclusión que puede extraerse de estas legislaciones, es que lo que realmente importa en estos procesos no es de donde ni de quien proviene la iniciativa de fortalecimiento del sistema, sino más bien lo que interesa es que el proceso de conformación del sistema se haga de la participación privada uno de los ejes centrales de su funcionamiento, tal como se practica actualmente en los Estados Unidos de Norteamérica.

En todos los modelos utilizados es notoria la gran eficacia del sistema de protección al consumidor, pero en el caso de España dicho sistema conjuga de manera casi perfecta la legislación que trata de los derechos de los consumidores con las demás leyes que regulan lo referente a las condiciones generales en la contratación y la efectiva competitividad de las empresas proveedoras de bienes y servicios.

“Es notoria pues, que gran parte de la eficacia de los sistemas de protección al consumidor depende de la posibilidad de que dicho sistema cuente con mecanismos administrativos y judiciales que permitan un adecuado cumplimiento de las leyes y regulaciones. Un papel similar en estos modelos parece ser la búsqueda de formas ágiles y de bajo costo para la resolución de conflictos entre consumidores y proveedores”.

Es por esta razón que en esta diversidad de marcos jurídicos versus los resultados prácticos del funcionamiento de los mecanismos jurídicos de cada uno de los sistemas de protección al consumidor, sugieren así la posibilidad de concluir que el factor de éxito de un sistema de protección al consumidor no descansa tanto en el grado de integración y coordinación que se ejerza sobre él, sino más bien en la calidad y efectiva información de los mecanismos administrativos y jurídicos que garantizan el cumplimiento de las normas y disposiciones.

Lo que se necesita es integrar y armonizar todas las disposiciones relativas a este ámbito, establecer los diferentes niveles y competencias de este sistema y al mismo tiempo que se perfile el contenido básico que debe regir la formulación de una política nacional de protección al consumidor, ya que al final de todo, todos somos consumidores.

Nosotros carecemos de un marco regulatorio que coordine y armonice los mecanismos u acciones que puedan hacer uso los consumidores de bienes y servicios. Este vacío lo podemos llenar si establecemos las pautas debidas en nuestra ley específica para la protección al consumidor, la cual puede coexistir de manera paralela con otros marcos regulatorios que tutelan el interés de los consumidores desde ámbitos más específicos (valores, seguros, créditos, etc.).

En los sistemas estudiados se observa la existencia de relaciones de respeto mutuo entre los agentes públicos y privados que participan dentro de su funcionamiento, sin que ello implique la pérdida de especificidad de los mecanismos utilizados por estos agentes ni tampoco una pérdida de identidad de la misión y el rol de protección jurídica a los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la actualidad.

Por consiguiente la comparación de estos sistemas con el nuestro evidencia limitaciones, limitaciones subsanables si se fortalece el marco legal e institucional que necesita poseer en un principio el consumidor, para que con posterioridad pueda hacer uso de los mecanismos y acciones que el mismo sistema pueda dotarle.

Pero bien, qué pasa con las tarjetas de crédito? para el caso de la Argentina se posee una ley que regula a las mismas, y que de manera casi superficial regula el sistema de tarjetas de crédito, dicha superficialidad se viene a complementar con las normas establecidas en la Ley de Defensa del Consumidor, y la Ley de Conducta Ética. Para el caso de Costa Rica, la implementación de ciertos puntos que deben observar las administradoras de tarjetas de crédito en su Ley Efectiva de Protección al Consumidor y Usuario, más la manera de equiparar a dicho instrumento como letra de cambio, le establece un abanico de posibilidades con las cuales puede verdaderamente proteger los intereses de los tarjeta-habientes.

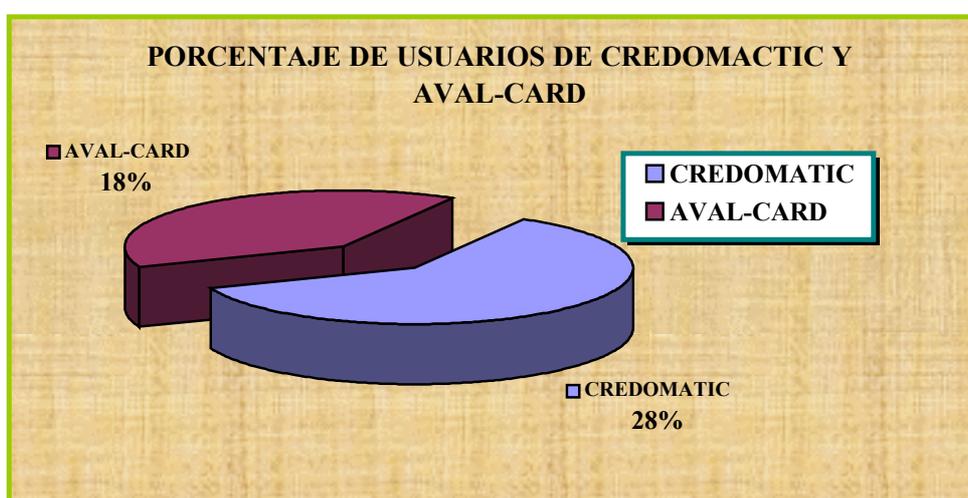
En el caso de Nicaragua, respecto a las demás legislaciones, se nota un vacío normativo, debido a que dicho instrumento, propio de las nuevas formas de contratación modernas, se encuentra encallado y rodeado de normas limitadas y de dogmáticas clásicas, las cuales hacen que las relaciones, los derechos y obligaciones de ambas partes no puedan conjugarse armónicamente con dichas normas. Nuestra Ley de Defensa de los Consumidores establece pequeños esbozos sobre el contrato de adhesión, a como también incluye una lista general de cláusulas que importan abuso para con los consumidores.

La manera de conceptualizar a los consumidores, equiparándolos como personas jurídicas, también nos brinda poco tacto que tuvo el legislador cuando aprobó dicha normativa.

En definitiva, es evidente que nuestro ordenamiento esta limitado para proveerle a los consumidores de mecanismos jurídicos con los cuales puedan hacerle frente a los abusos llevados a cabo por las empresas proveedoras de bienes y servicios, lo cual no significa que no se haya legislado en un primer momento para tratar de proteger los derechos de éste grupo de la sociedad que somos todos.

Tomando en cuenta esta realidad jurídico-económica llevamos a cabo una encuesta³⁰⁸ dirigida a los tarjeta-habientes de las diferentes Entidades Emisoras. En esta muestra fueron encuestados ciento diecisiete (117) usuarios, centrando nuestro estudio en los tarjeta-habientes de las Entidades Emisoras: CREDOMATIC y AVAL-CARD, por su incidencia en el mercado nicaragüense.

Los resultados obtenidos son los siguientes:



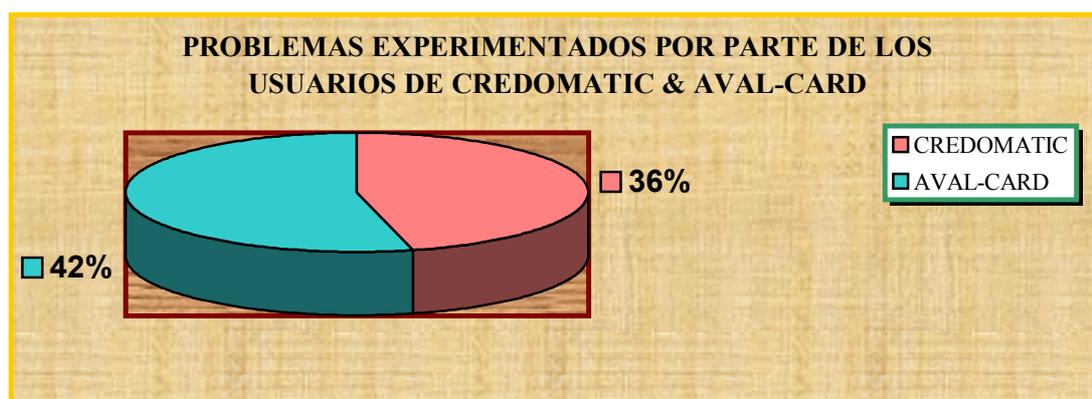
De 117 encuestados, el 33 pertenece a CREDOMATIC, lo que representa el 28% del total de encuestados. En cuanto a la Entidad Emisora de AVAL-CARD, 21 encuestados pertenecen a dicha entidad, lo que representa el 18% de la muestra total.

Los Usuarios de las Entidades emisoras (CREDOMATIC & AVAL-CARD) respondieron a los cuestionamientos de la siguiente manera:

³⁰⁸ La encuesta llevada a cabo corresponde a la llamada **Investigación Cualitativa**, el cual es un método de investigación no estructurado, basado en pequeñas encuestas que se proponen para proporcionar la idea y comprensión más profunda del problema. La Investigación Cualitativa nos sirve para tener una idea, la cual nos puede dar una mayor visualización del problema.

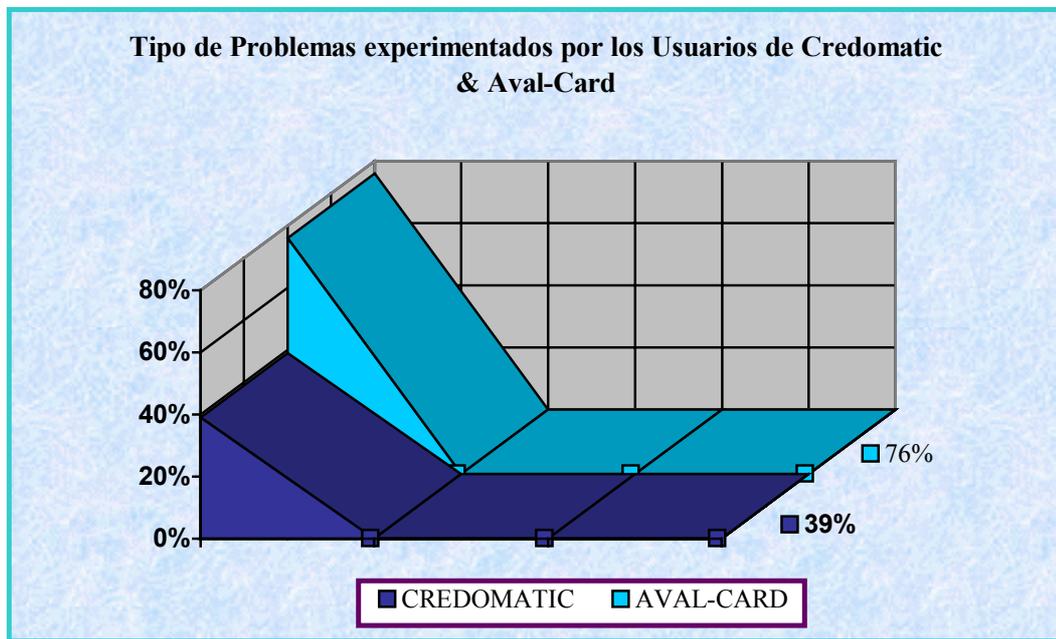
Ha tenido problemas con su Entidad Emisora?

El 36% de los usuarios de CREDOMATIC, han señalado que si han tenido algún problema con dicha Entidad emisora. Mientras que el 42% de los usuarios de AVAL-CARD señalan de igual forma que si los han tenido.



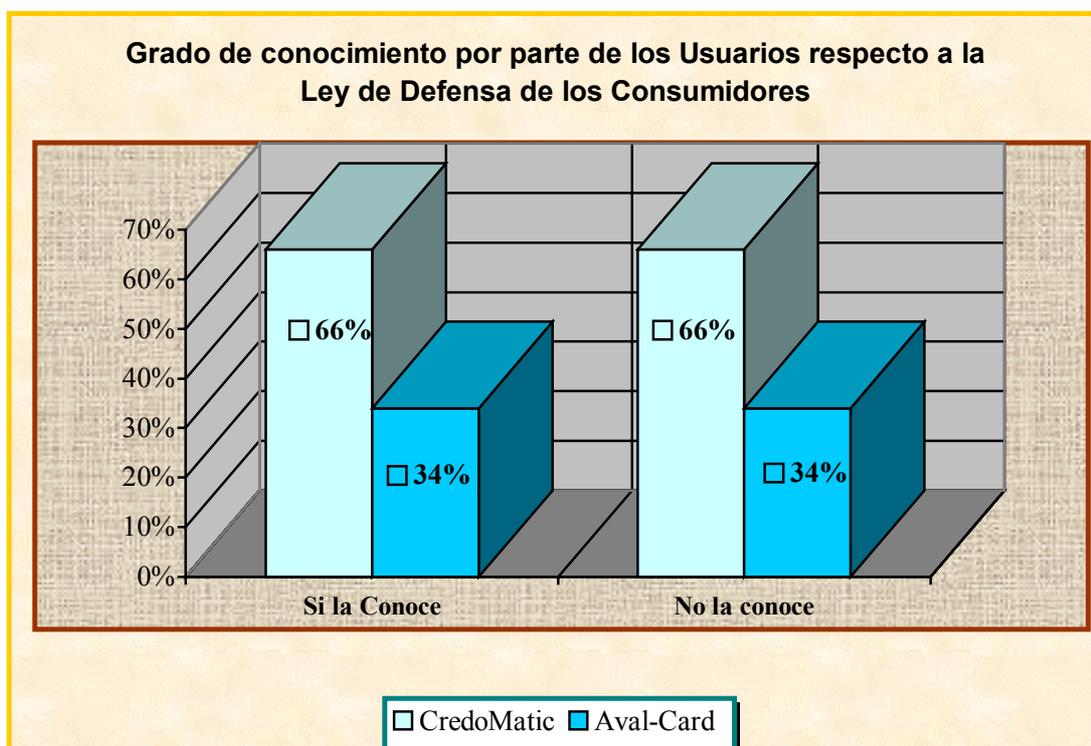
¿Qué tipo de problemas han tenido los usuarios de las Tarjetas de Crédito?

El 39% de los encuestados de CREDOMATIC ha experimentado tener problemas de la siguiente naturaleza: **cargos equivocados, avisos que no corresponden, gastos mayores, falsificación de la firma, pérdida, robo o sustracción** de su tarjeta; **pago de cuota anual y cobros judiciales**. Mientras que el 76% de los encuestados de AVAL-CARD, también han expresado tener este tipo de problemas.



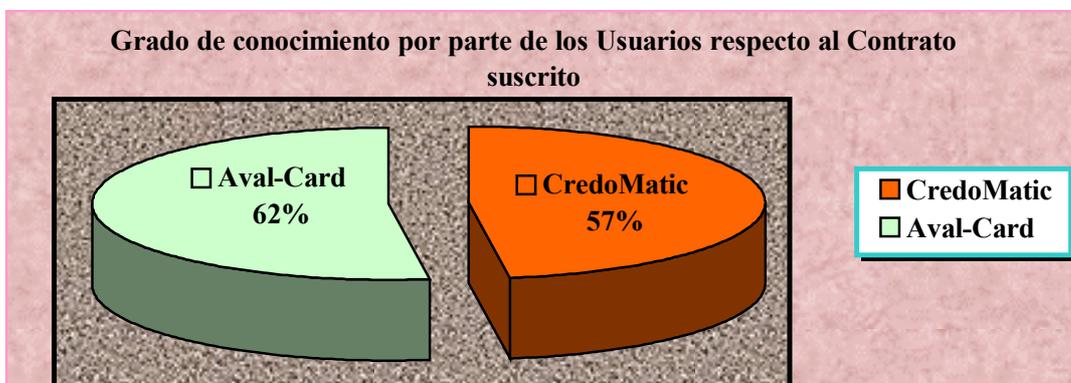
¿Cuál es el grado de conocimiento por parte de los Usuarios de las Tarjetas de Crédito de CREDOMATIC & AVAL-CARD, respecto a la Ley de Defensa de los Consumidores?

Los usuarios de ambas Entidades Emisoras dicen conocerla en un 66%, y a su vez la desconocen en un 34%.



¿Cuál es el grado de conocimiento que presentan los Usuarios de las Tarjetas de Crédito respecto al Contrato suscrito por ellos mismos?

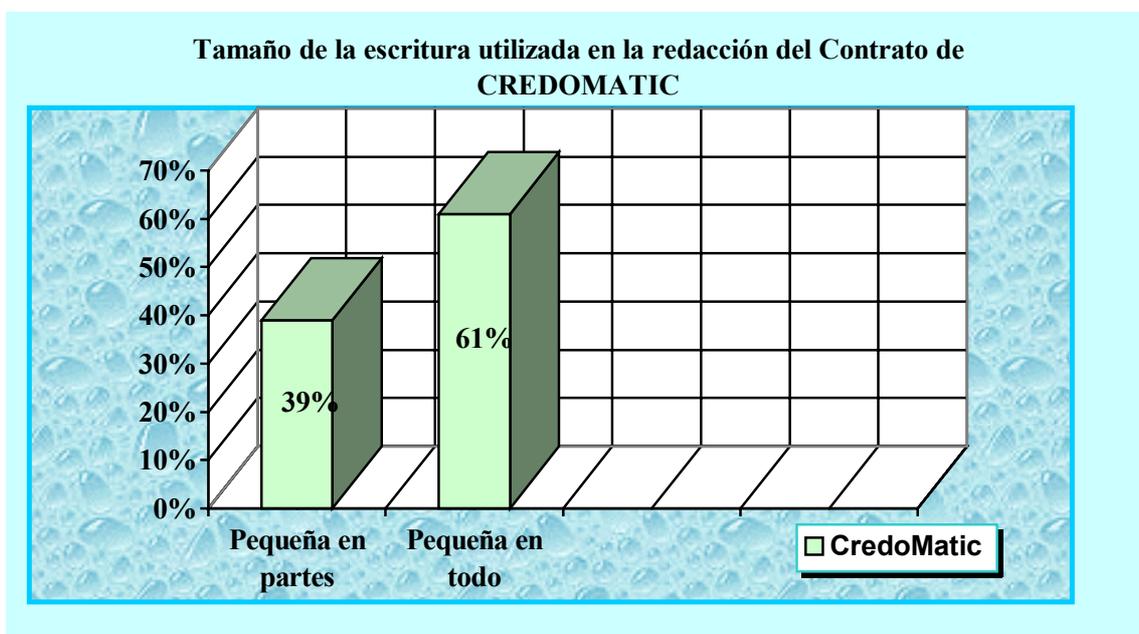
El 57% de los usuarios encuestados de CREDOMATIC, afirman que lo leyeron. En cuanto a la Entidad Emisora AVAL-CARD, el 62% dijo que también lo leyó.



Cuál es el tamaño de la letra utilizada en la redacción del Contrato?

El 39% de los usuarios de CREDOMATIC, han señalado que el Contrato estaba redactado en letra pequeña en partes del mismo. Mientras que el 61% restante aseveró que el mismo Contrato estaba redactado todo en letra pequeña.

Por su parte, el 23% de los usuarios de AVAL-CARD, señalan que está redactado en letra pequeña en partes del mismo; y el 77% restante ha señalado que dicho Contrato está redactado todo en letra pequeña.

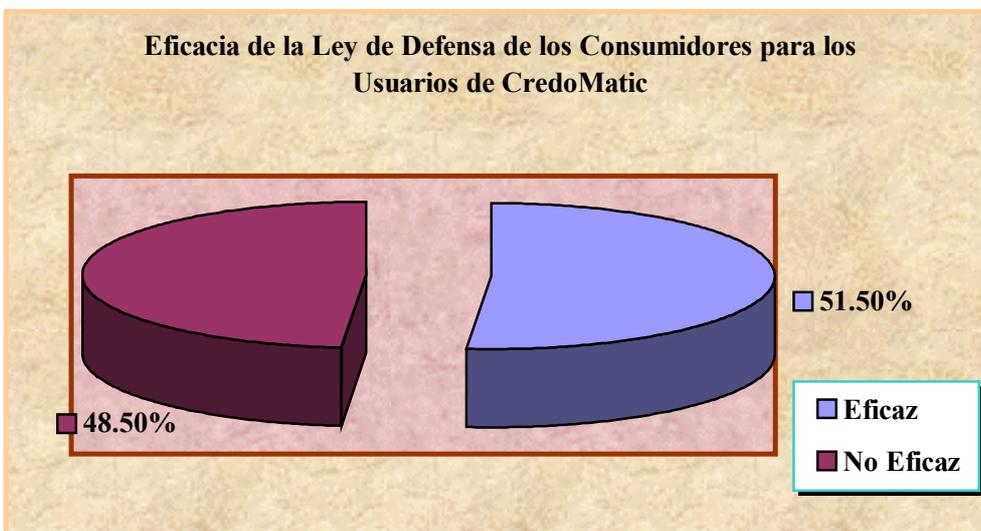




¿Cuál es la eficacia de la Ley N° 182 para contrarrestar los abusos de las Entidades Emisoras de Tarjetas de Crédito?

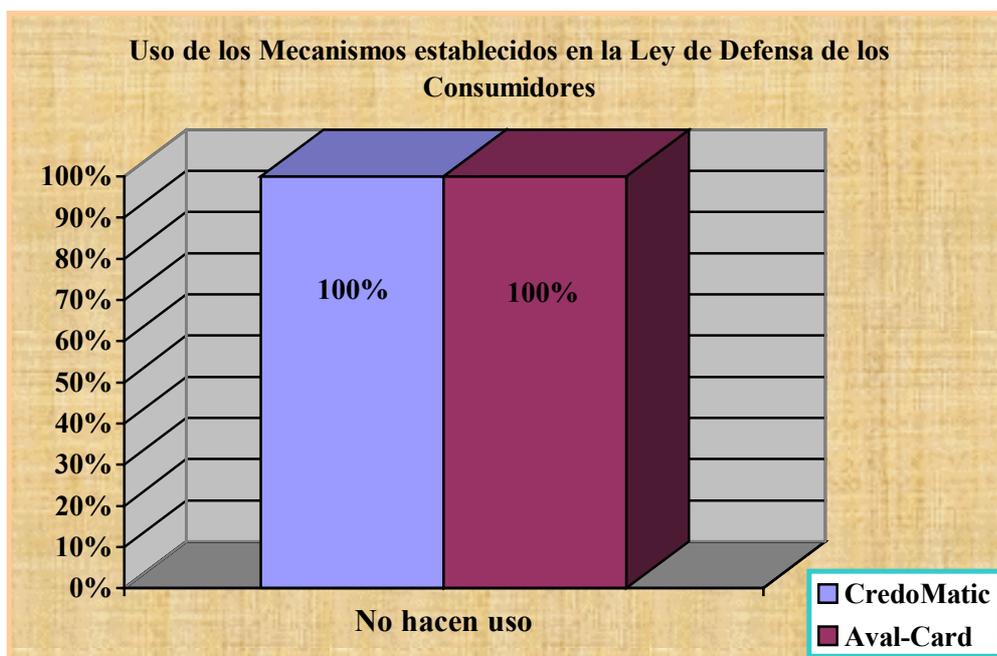
Para el 51.5% de los usuarios de la Entidad Emisora CREDOMATIC, dicha Ley es eficaz. Mientras que el restante 48.5% asegura que no lo es.

En lo que respecta a los usuarios de la Entidad Emisora AVAL-CARD, el 47.6% asegura que dicha Ley es eficaz, y para el 52.4% es ineficaz.



¿Hace uso de los mecanismos legales que se señalan en la Ley N° 182, ante los abusos de las Entidades Emisoras?

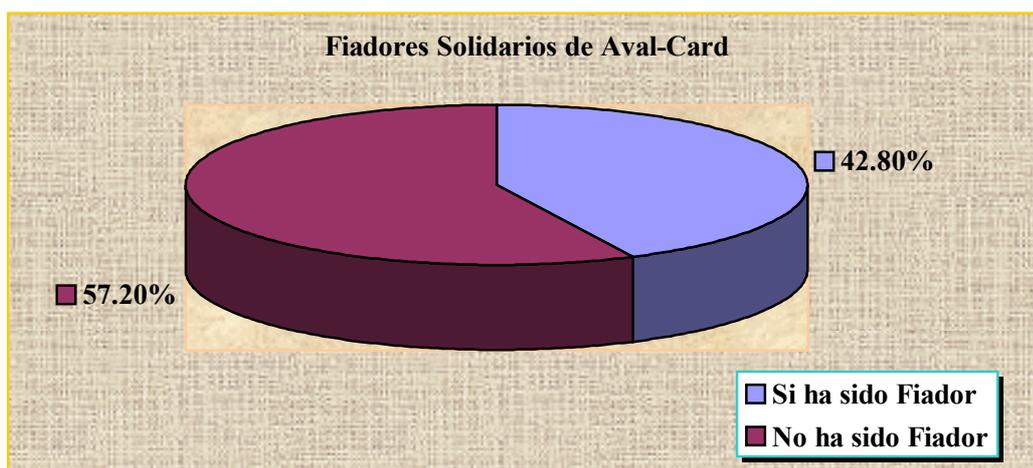
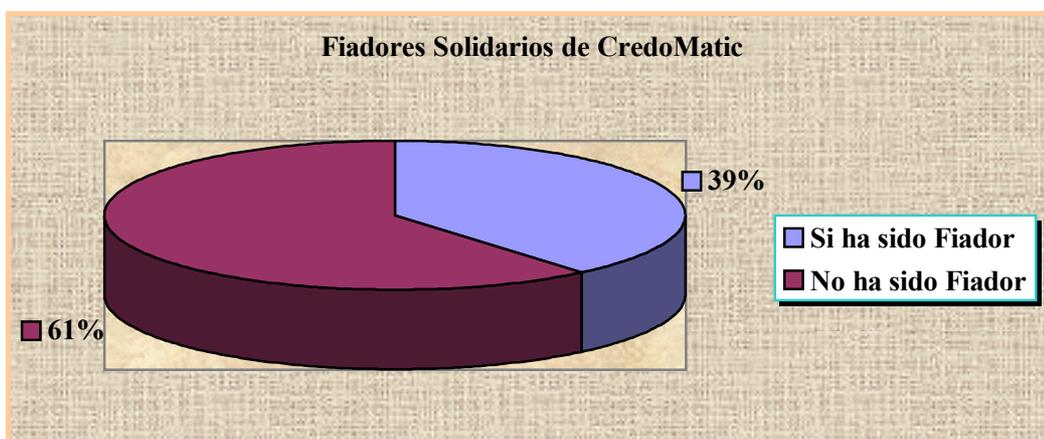
Tanto los usuarios de una, como de otra Entidad Emisora (CREDOMATIC & AVAL-CARD) no hacen uso de los mecanismos que posee dicha Ley.



¿Ha sido Usted Fiador Solidario de las Tarjetas de Crédito?

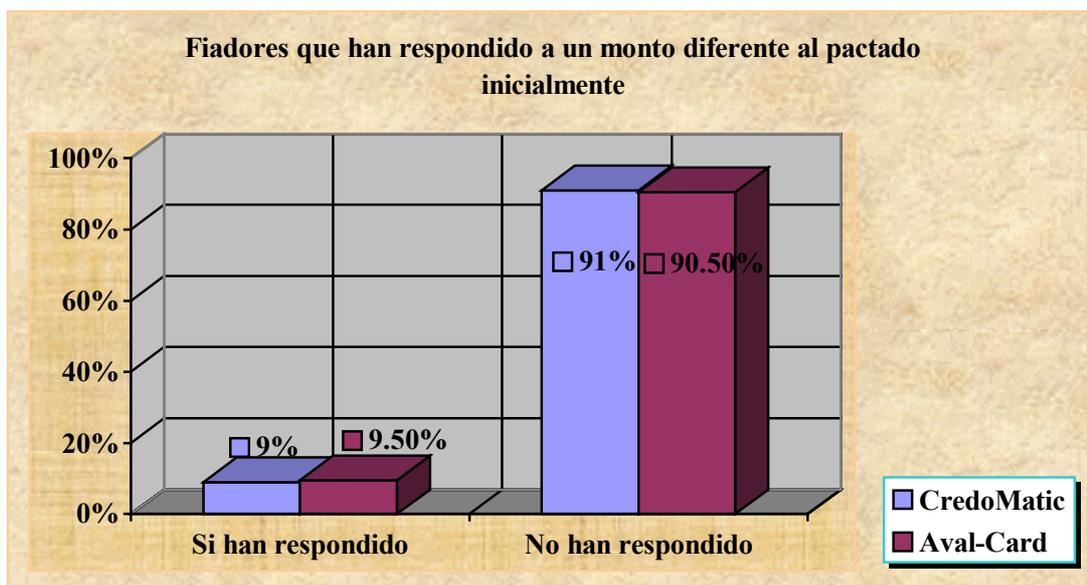
El 39% de los usuarios de CREDOMATIC, si lo ha sido. Mientras que el 61% no lo ha sido.

En lo que respecta a la Entidad Emisora, AVAL-CARD, el 42.8% si ha sido fiador solidario, mientras que el 57.2% no lo ha sido.



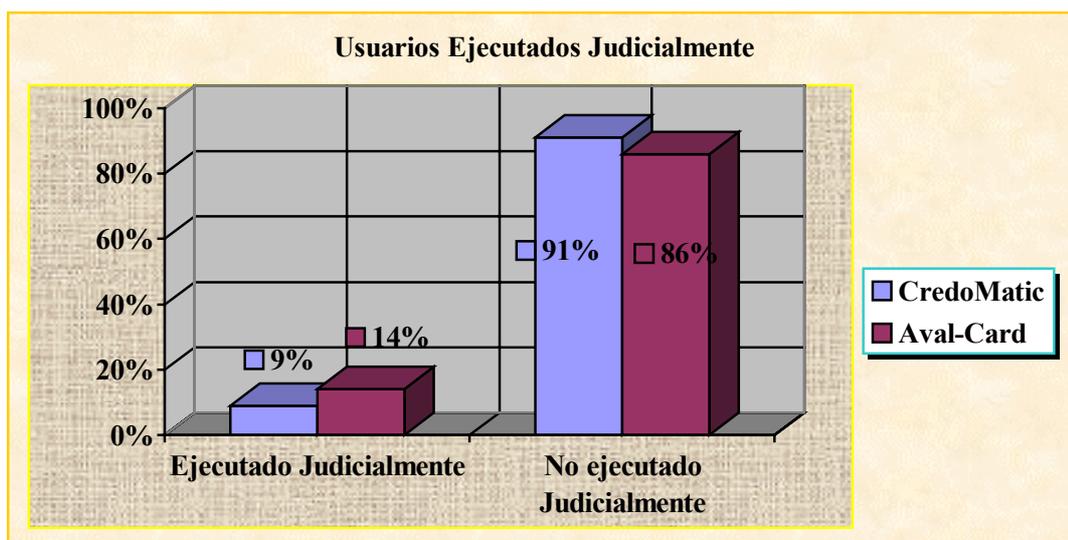
Cómo Fiador Solidario, ha respondido a un monto diferente al pactado en el Contrato?

El 9% de los usuarios de CREDOMATIC, si han respondido por un monto diferente al pactado en el Contrato inicial. En lo que respecta a la Entidad Emisora, AVAL-CARD, el 9.5% ha respondido por un monto diferente al pactado en el Contrato.

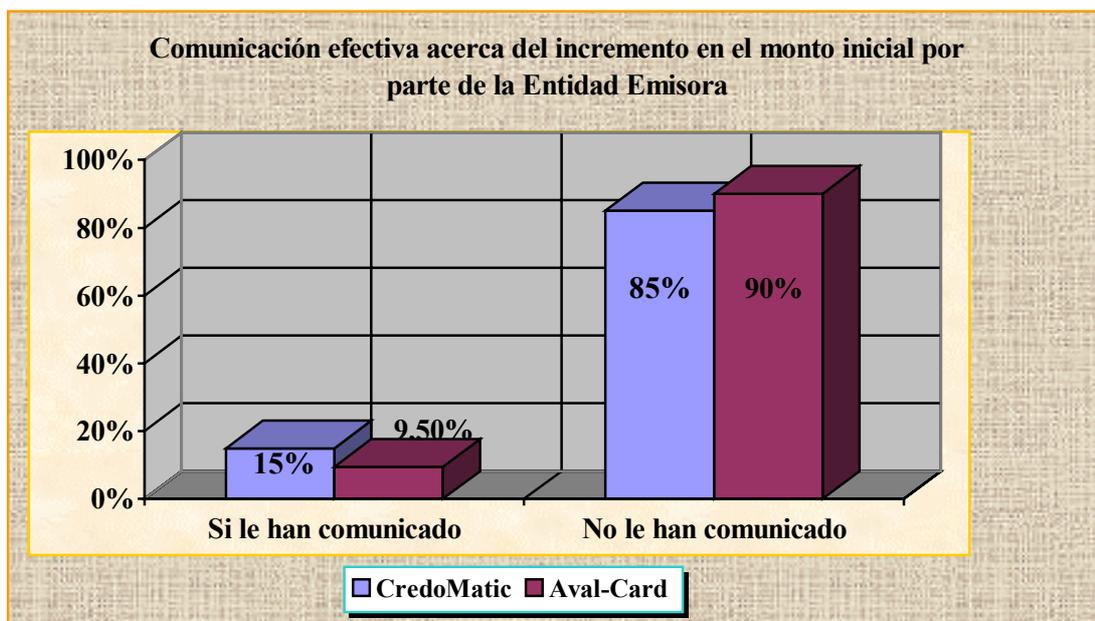


Han sido ejecutados judicialmente como fiadores Solidarios?

El 9% de los encuestados aseguro haber sido ejecutado judicialmente, en lo que respecta a la Entidad Emisora CREDOMATIC. Mientras tanto, el 14% de los encuestados de la Entidad Emisora AVAL-CARD, fueron ejecutados judicialmente.



Le han comunicado de manera efectiva, por parte de la Entidad Emisora el incremento en el monto que la misma hace de manera unilateral?



De los resultados obtenidos podemos afirmar que existen problemas entre los Usuarios y las Entidades Emisoras de tarjetas de crédito, derivados de la falta de información veraz, cierta, y objetiva a la que tienen derecho los usuarios de tarjetas de crédito como consumidores. Se puede apreciar que las Entidades Emisoras de tarjetas de crédito actúan de mala fe en este negocio jurídico-mercantil, puesto que al momento de redactarse el contrato de emisión de tarjetas de crédito se valen de argucias (letra pequeña en todo el contrato) con el objeto que el suscriptor del contrato no perciba las cláusulas abusivas de las que hacen uso estas entidades, por tanto consideramos indispensable que el usuario se informe acerca del contenido del contrato leyéndolo cuidadosamente, y haciéndose asesorar por el mismo oferente en caso de dudas.

Los usuarios de tarjetas de crédito, si bien es cierto tienen conocimiento de la Ley N° 182, no hacen uso de los pocos y escuetos mecanismos legales que esta contempla para hacerle frente a los abusos cometidos por las Entidades emisoras.

Esto nos demuestra que los usuarios de las tarjetas de crédito, como consumidores no han sido plenamente educados por parte del Estado, a través de políticas educativas pro-consumidor.

Los abusos de las Entidades emisoras en nuestro país se manifiestan desde las letras pequeñas en que son redactados los contratos, hasta el incremento excesivo del crédito sin el consentimiento del titular del mismo, incluyendo el excesivo cobro de intereses, las renunciaciones a derechos fundamentales en todo proceso judicial, como por ejemplo, la renuncia al domicilio a la que son obligados prácticamente los tarjeta-habientes cuando suscriben el contrato, situaciones éstas que deberán normarse a través de instrumentos jurídicos que contemplen normas en pro del establecimiento de una relación contractual más equitativa, que tenga por objeto beneficiar a los usuarios del servicio, no dejándolos desprotegidos ante los abusos cometidos por las Entidades emisoras de tarjetas de crédito, y a merced de la voluntad de la parte más fuerte en este tipo de negocios.

En tal sentido es de trascendental importancia el papel que jueguen los diferentes agentes económicos de nuestra sociedad, impulsando la promulgación de disposiciones jurídicas que regulen específicamente esta categoría contractual.

En la práctica jurídica actual se perfila una ventaja hacia la Entidad emisora, que en ningún momento aparece afectada puesto que las cláusulas del Contrato de Uso y Emisión de Tarjetas de Crédito hacen que la responsabilidad mayor recaiga sobre el usuario, este hecho radica en que no existen mecanismos legales que garanticen una protección más equitativa de la parte interviniente, puesto que el único instrumento legal (Ley N° 182) con el que se cuenta en nuestro Ordenamiento Jurídico, esta distante ha ser una Ley

fundamental, debido a que no establece todos los derechos, ni vías de reclamos a las que deberían hacer uso los consumidores.

CONCLUSIONES

El consumidor desconoce, frecuentemente, sus derechos y obligaciones en relación a la emisión y el uso de las tarjetas de crédito o de pago. Este desconocimiento se debe unas veces a que el Emisor no proporciona la información suficiente en el momento adecuado y otras porque la información no es fácilmente comprensible y a veces, legible para la mayoría de los consumidores.

Por ello, la tendencia moderna y progresista dirigida a la protección del consumidor, como respuesta a la restitución de la voluntad del contratante, usuario, en el plano de igualdad, buena fe y conocimiento en la contratación comercial masiva atípica, han llevado al legislador a promulgar la Ley de Defensa de los Consumidores, siendo un paso importante en la regulación de las condiciones generales en la contratación, pero que en el fondo no es la solución al problema.

En efecto, una regulación de cláusula general, como la AGB Gesetz alemana (Condiciones generales para la contratación) podría representar una mejor solución para todo tipo de contrataciones y no solo para el caso de la Defensa del Consumidor, pues éstas están referidas a una pequeña porción de toda contratación en el universo jurídico.

Así, aún con la novedad de la Ley de Defensa de los Consumidores, que si bien es cierto regula de modo insuficiente algunas instituciones es posible lograr la nulidad total o parcial de condiciones generales de la contratación que hayan sido predisuestas y cuando las mismas sean abusivas y además desproporcionadas, incluso sin tratativa preliminar que posibilite el plano de igualdad entre partes y representar así el equilibrio de intereses en toda contratación. Pero, la eficacia de aquellas condiciones generales está sujeta a que hayan sido puestas en conocimiento del adherente o que hayan tenido conocimiento con una diligencia ordinaria.

Efectivamente, el derecho del consumidor a la información en las relaciones de consumo, evidentemente es importantísimo. Así, toda modificación unilateral debe ser notificada al tarjeta-habiente por escrito, caso contrario, las modificaciones a las cláusulas no deben vincular a éste, claro está, no significa que todas las cláusulas contenidas en el contrato sean eficaces.

Por consiguiente, el presente trabajo no tiene como objetivo proporcionar argumentos destinados a frenar el proceso en curso, respecto a la utilización de este nuevo sistema, sino a modalizarlo en vista de asegurar que se dibuje e integre más con nuestra realidad social y económica, para que de esta manera mejore la calidad de vida de los ciudadanos actuando como consumidores.

Las comprobaciones planteadas y las sugerencias emitidas no han tenido otra ambición que la de contribuir, por la reflexión, al establecimiento de una Nicaragua social y democrática, conciliando los imperativos de una política de mercado interior, con las prioridades de una política de ayuda efectiva al consumidor, cómo? Proveyéndole de mecanismos y acciones jurídicas a los cuales pueda acceder, y armonizándolo con las prioridades de una política efectiva de ayuda al consumidor, llamada a ejercer su función en el mercado, ampliado a las fronteras, debido a la globalización actual.

El sistema de tarjeta de crédito, no escapa a estas necesidades, dicho sistema no ha sido legislado todavía en nuestro país. Si lo ha sido, en cambio, en varios estados de la Unión Americana, aun cuando no en forma uniforme.

Con los antecedentes enumerados en las demás secciones del presente trabajo, es legítimo concluir que no corresponde incluir la tarjeta de crédito dentro del grupo de documentos que habitualmente se denominan *papeles de comercio*. No hemos creído oportuno en la “parte general” de dicho trabajo encarar una tarea similar, por dos motivos fundamentales: discrepamos con esa metodología y pensamos que frente a un fenómeno jurídico nuevo, antes que intentar una racionalización estéril, es preferible encarar la realidad económica

que se propone, para deducir luego las formas más adecuadas y funcionales de la futura legislación positiva que se logre entablar en el país.

Por esta razón, la tarjeta, podemos concluir también de lo expuesto ya por nosotros en un primer comienzo, es *intransferible* y *personalísima*. No solamente no ha sido creada para circular como ocurre en general con los papeles de comercio, sino que no puede circular ni siquiera en los términos de la cesión del derecho civil, porque los derechos que otorga, los instituye exclusivamente en cabeza de la persona beneficiaria, y de los demás adicionales.

El sistema implica a uno de entre aquellos haces de derechos que han dado en llamarse *intuitu personae*.

Es un instrumento *incompleto e insuficiente*. Incompleto porque su mismo texto remite a las partes a los restantes documentos complementarios y accesorios o reglamentos o contratos suscritos con el titular y con el aceptante. Insuficiente porque no basta con la mera exhibición de la tarjeta identificatoria y atribuyente del crédito para hacerse beneficiario del mismo, es necesario, imprescindible, que el acto concreto de voluntad en virtud del cual el titular expresa el deseo de adquirir un bien o de locar un servicio o de lograr un adelanto de dinero, se manifieste además suscribiendo con su propia firma, el comprobante respectivo en formularios ya descriptos.

Para aclarar la característica de necesidad del documento, interesa anotar un caso especial. Algunos emisores se reservan extra-contractualmente el derecho de autorizar telefónicamente ventas que se realizarán aún si el cliente ha olvidado su tarjeta personal. Si bien la expuesta es una manifestación extra-contractual tiene relevancia para encuadrar teóricamente la tarjeta.

Pero en principio al menos el titular de la tarjeta no puede unilateralmente suplir la falta de posesión de título de ninguna forma por lo que se dan los caracteres de incorporación. Es que, fuera del caso mencionado en el párrafo anterior para algunas emisoras el comerciante adherido deberá rehusarse a otorgar al comprador el crédito del sistema si no le exhibe la

tarjeta. Cualquier alteración, modificación, con el cumplimiento de ese requisito correrá al sólo riesgo del aceptante.

El carácter de derecho incorporado al título lo tiene la tarjeta, pero en forma limitada ya que el aceptante no puede exigir la entrega del título (apropiándose de él) sino, su mera exhibición.

Es un documento constitutivo y dispositivo. Lo primero, porque es necesario para el nacimiento de la relación contractual que propone entre el emisor y el titular. Lo segundo, en cuanto su titular debe disponer del mismo, y poder exhibirlo cada vez que quiera obtener alguna o todas las prestaciones convenidas.

El uso difundidísimo de la tarjeta ha hecho que ciertas características formales se generalizaran, y ha hecho que sin una legislación genérica ni uniforme, se trate de uno de los documentos formales más estandarizados que se conozca.

Es siempre un documento escrito, emitido en material plástico, cuyo texto expresa el nombre del emisor, el de su titular con el nombre del emisor, el de su titular con el número en clave respectivo, la firma del titular y la fecha del vencimiento, en el anverso. Al dorso, la constancia de tratarse de un documento intransferible y la responsabilidad del titular inclusive en el caso de robo o extravío hasta el momento de la notificación escrita o su devolución al emisor.

En resumen y a título de ensayo de una definición de la “tarjeta de crédito”, proponemos esta pequeña fórmula: es un instrumento de identificación y crédito, que identifica al titular frente al sistema, intransferible, insuficiente e incompleto, y necesario para ejecutar el haz de derechos, que el mismo tácitamente simboliza.

Queda claro pues, lo que debemos entender por dicho instrumento, y además que es de mucha importancia el desarrollo de los derechos e intereses protegidos por parte de el sistema económico imperante y por el propio Estado.

La sistematización vigente en nuestro derecho en materia de protección del consumidor, implica una tarea ardua y compleja. El cuadro normativo que se posee actualmente para regular dicho tema, deberá completarse con una serie de leyes especiales que en el futuro se logren emitir, las cuales ofrecerán una gama de valiosas soluciones, aunque sin abarcar la materia completa, particularmente porque algunas de ellas cabalgan al mismo tiempo por el sendero de la competencia comercial y entonces no tutelan a menudo en forma directa los intereses de los consumidores, sino sólo por vía refleja, como objeto de coordinación para salvaguardia de los derechos de los comerciantes.

La cuestión no difiere acerca de los mecanismos o acciones para el ejercicio de los derechos de los consumidores, siendo de aplicación las leyes adjetivas ordinarias, tanto en el orden administrativo como jurisdiccional, no existiendo competencias especiales ni procedimientos típicos, de modo que rigen las normas genéricas.

Como contrapartida a la falta de mecanismos jurídicos a los que puedan acceder los consumidores para defender sus derechos e intereses, el reciente restablecimiento de el sistema democrático en nuestro país ha traído consigo que, ya en el marco de una sociedad libre y abierta, trascienda como propósito el bienestar de los consumidores. En efecto, afloran en primer término perspectivas ciertas de una legislación especial. Y en sus vísperas, la fuerza misma de los acontecimientos van dando vida espontáneamente al ejercicio de los derechos básicos de los consumidores. La organización de ellos en ligas o agrupaciones, aunque se tenga un régimen legal que los regula, constituye hoy una incipiente realidad. A ello sigue ineludiblemente la apertura de un rol participativo del consumidor por medio de sus cuerpos representativos, que hacen oír los intereses de la categoría y son asimismo destinatarios de la consulta de los órganos de gobierno en la planificación de las cuestiones que nos atañen a todos, como consumidores.

De acuerdo a lo analizado, entrevistas y encuestas llevadas a cabo, consideramos que la hipótesis de este trabajo investigativo se confirma en base a que nuestro derecho positivo adolece de instrumentos jurídicos que recopilen mecanismos legales suficientes en pro – de los derechos del tarjeta-habiente como usuario o consumidor.

RECOMENDACIONES

En base a la investigación jurídica realizada, proponemos:

- A) La elaboración de una **Ley de Tarjetas de Crédito** que regule todo lo relativo al funcionamiento del Sistema de Tarjetas de Crédito.

Esta ley debe comprender, al menos, lo relativo a los derechos y obligaciones de las partes, el monto para calcular los intereses, el porcentaje que se aplica para la obtención del monto del pago mínimo, qué debe entenderse por cláusula abusiva en este contrato, los mecanismos legales con los cuales puedan contar las partes en caso de incumplimiento del contrato, esto con el objeto de ubicar a las partes en una relación de equidad.

- B) La creación de una **Declaración de Ética Empresarial**, asumida en el seno de las cámaras comerciales de nuestro país, donde se establezcan las reglas que deben de observar las entidades emisoras a la hora de contratar con los futuros usuarios en base al principio de buena fe empresarial.

- C) El **control efectivo por parte de la Superintendencia de Bancos** para con las entidades emisoras para buscar una mejor calidad en el servicio al crédito brindado por las mismas, normando lo relativo al mantenimiento de una tasa de interés única, y el no incremento del crédito de manera arbitraria y sin el consentimiento efectivo de los otros elementos personales de la relación contractual.

- D) Con posterioridad se deberá asumir la elaboración de una **Ley que regule las Condiciones Generales de Contratación de los contratos atípicos**, en nuestro medio, con el objeto de poseer reglas claras que contengan la normativa básica para este tipo de contrataciones comerciales modernas.

Bibliografía

LIBROS Y TEXTOS

1. *Gabriel A. Stiglitz y Rubén S. Stiglitz*
Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor. Ed: DEPALMA. Bs. As. Argentina 1985.
2. *Carlos Gustavo Vallespinos*
El Contrato de Adhesión a Condiciones Generales. Ed: Universidad de Buenos Aires, UBA. 1984.
3. *Enrique Zuloaga Carlos*
Pacto Contractual y Contratos Atípicos. Ed: Porrúa, México/ colección, BIB Jurídica Porrúa S. Grande 1994.
4. *Joaquín Garrigues*
Contratos Mercantiles. Ed: Porrúa. México 1990.
5. *Raúl Aníbal Etcheverry*
Derecho Comercial y Económico / Contratos, Parte Especial. Ed: ASTREA, de Alfredo y Ricardo Depalma. Bs. As. Argentina. 1994.
6. *Santiago J. Bullrich*
La Tarjeta de Crédito. Ed: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina 1971.
7. *Muguillo Roberto A.*
Tarjeta de Crédito. Ed: ASTREA 2º edición actualizada y ampliada. Bs. As. Argentina 1994.
8. *Juan M. Farina*
Contratos Comerciales Modernos. Ed: ASTREA, Bs. As. Argentina 1999.
9. *Julio A. Simón*
Tarjetas de Crédito. Ed: Abeledo – Perrot, Bs. As. Argentina 1988.
10. *Héctor O. Chomer*
Tarjetas de Crédito, - Algo más sobre la prescripción de la acción. Ed: RDCO, Arg. 1988.
11. *Ernesto C. Wayar*
Tarjetas de Crédito y Defensa del Usuario. Ed: ASTREA. Bs. As. Argentina 1984.
12. *Stiglitz R.*
Derechos y Defensa del Consumidor. Ed: ASTREA. Bs. As. Argentina 1990.

13. *Gherzi C., Andres V., Gimenez J. Laplac*
Cláusulas Abusivas – 3. Ed: ASTREA. Bs. As. Argentina 1998.
14. *Julia Evelin Martinez*
Mecanismos Públicos y Privados de Protección al Consumidor: Diferencias y Complementariedades. Ed: FUNDAUNGO (Fundación Dr. Guillermo Manuel Ungo) 1. ed. agosto de 1998. San Salvador, El Salvador.
15. *Evelyn Salas Murillo, Jaime Eduardo Barrantes Gamboa*
Las Cláusulas de Interés en un Contrato de Tarjeta de Crédito. 1. ed. San José, C.R. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1997.
16. *Ricardo Sandoval López*
Nuevas Operaciones Mercantiles (Leasing, Factoring, Franchising, Engineering, Tarjeta de Crédito Bancaria, Know How & Underwriting, ADR'S, otras Modalidades Financieras) 3. ed. actualizada. Talleres de Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1996.
17. *Ernesto C. Wayar*
Tarjetas de Crédito y Defensa del Usuario (Relación entre usuario, emisor y comercio adherido, derechos, obligaciones y responsabilidad de las partes. Resumen. Interés. Vía Ejecutiva. Extinción. Sistema de denuncias. Acciones y prescripción) Ed: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000; Bs. As. Arg.
18. *Gabriel A. Stiglitz*
Protección Jurídica del Consumidor (responsabilidad del empresario, publicidad comercial engañosa, crédito al consumo, prácticas mercantiles irregulares, acceso a la justicia) 2da. Ed. actualizada; Ediciones Depalma, Bs. As. Arg. 1990.
19. *Arrubla Paucar Jaime Alberto*
Contratos Mercantiles, Tomo I y II 8ª edición 1997. Biblioteca jurídica DIKE, Medellín Colombia.
20. *Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan*
Tarjetas de Crédito. (Análisis contractual, problemática procesal y penal) Ed: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina 2000.
21. *Carlos Gilberto Villegas*
Tarjeta de Crédito Ley N° 25.065. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza – Argentina 1999.
22. *Daniel Gerardo Reynoso*
Tarjeta de Crédito. (Estructura legal y operativa del sistema) Ed: Depalma 2000. Bs. As. Argentina.
23. *Gabriel Stiglitz, A. Alterini, J. Alterini, Antonio H. Benjamín, Bourgoignie, Calais Auloy, Christianos, Domont Naert, Harland, L'Heureux, López Cabana, Morello, Reich, R. Stiglitz, Trigo Represas, Woodroffe y otros.*
Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios. Daños – Contratos. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 2001.

24. *Mario A. Bofanti*
Derecho del Consumidor y del Usuario. Ed: Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina 2001.
25. *Gabriel Stiglitz*
Ley de Defensa del Consumidor. Serie de textos actualizados LA LEY con doctrina y jurisprudencia. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, Argentina 1999.
26. *Sandra Luz Hernández Estévez – Rosalío López Durán*
Técnicas de Investigación Jurídica. Ed: OXFORD, México 2002.
27. *Carles Barutel Manaut*
Las Tarjetas de Pago y Crédito. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1997 Barcelona – España.
28. *Iván Escobar Fornos*
Curso de Contratos. Ed: Hispamer, 2º edición 1998. Managua – Nicaragua.
29. *Iván Escobar Fornos*
Derecho de Obligaciones. Ed: Hispamer 1997. Managua – Nicaragua.
30. *Manuel Borja Soriano*
Teoría General de las Obligaciones. Ed: Porrúa. 16º edición 1998. México – D.F.
31. *Joaquín Martínez Alfaro*
Teoría de las Obligaciones. Ed: Porrúa. 6º edición revisada y adicionada, 1999. México – D.F.

CODIGOS Y LEYES

32. **Código Civil de España.** Nueva edición revisada en julio de 1995. Décimo cuarta edición revisada y puesta al día. Biblioteca de textos legales TECNOS S.A. 1995. Madrid – España.
33. **Código de Comercio y Leyes Complementarias.** CIVITAS, Biblioteca de Legislación. Vigésima tercera edición actualizada a Septiembre 1999, España.
34. **Código Civil de la Nación Argentina.** Leyes Complementarias. Ediciones del País, Argentina 2002.
35. **Código de Comercio de la Nación Argentina.** Leyes Complementarias. Ediciones del País, Argentina 2002.
36. **Código Civil de la República de Nicaragua.** 3º edición 1998, Ed: Jurídica. Managua.
37. *Aníbal Solórzano Reñazco*
Glosas al Código de Comercio de Nicaragua. Concordancias y jurisprudencia. 3º edición. Ed: Hispamer 1999.
38. *Banco Central de Nicaragua*
Principales Leyes Económicas. Bancarias, Monetarias, Financieras y Crediticias de Nicaragua. (edición anotada y puesta al día por el Dr. Ariel Montalvan Paniagua) Litografía Nicaragüense LITONIC, Managua, Nicaragua 1998.

39. **Legislación Bancaria Vigente** (Ley 316 Ley de la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras; Ley 317 Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua; Ley 314 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos Financieros) 2º edición 2002, Ed: Jurídica. Managua – Nicaragua.

40. Ley 7/1998, de 13 de abril, **Sobre Condiciones Generales de la Contratación** (BOE núm. 89, de 14 de abril. España)

41. Ley 26/1984, de 19 de julio, **General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** (BOE núm. 176 de 24 de julio. España)

42. Ley N° 25.065 **Tarjetas de Crédito**. Sanción: 7/12/98; Prom. Parcialmente: 9/01/99; Pub. B.O.: 14/01/99. Argentina.

43. Ley N° 24.240 **Defensa del Consumidor**. Sanción: 22/IX/1993; Prom.: 13/X/1993; B.O.: 15/X/1993. Argentina.

44. **Decreto N° 1798/94** (del 13/X/1994; B.O.: 18/X/1994) **Reglamentación de la Ley N° 24.240** “Ley de Defensa del Consumidor”. Argentina.

45. Ley N° 7472. **Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor y su Reglamento** (concordada) Alex Salazar Solórzano. Investigaciones jurídicas S.A. San José, Costa Rica.

46. Ley No. 182. **Ley de Defensa de los Consumidores**. Diario Oficial Gaceta 213 de la República de Nicaragua. Managua, lunes 14 de noviembre de 1994.

47. Decreto No. 2187. **Reglamento a la Ley No. 182, Ley de Defensa de los Consumidores**. Diario Oficial Gaceta 169 de la Republica de Nicaragua. Managua, viernes 3 de septiembre de 1999.

TESIS MONOGRÁFICAS

48. **Contrato de uso y emisión de Tarjetas de Crédito** – Monografía elaborada por Francis Jeannette Martínez Ruiz, Managua, Nicaragua, junio 1999. Universidad Americana – Facultad de Derecho.

49. **La Tarjeta de Crédito en Nicaragua** – Monografía elaborada por Juan Abel López Romero, Managua, Nicaragua, junio 2000. Universidad Católica – Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Escuela de Derecho.

DICCIONARIOS

50. *Guillermo Cabanellas*

Diccionario Enciclopédico de Derecho usual t. II, 21º edición revisada, actualizada y ampliada. Ed: Heliasta S.R.L. Bs. As. Argentina 1989.

51. *Guillermo Cabanellas de Torres*

Diccionario Jurídico Elemental. Ed: Heliasta, 1997. Bs. As. Argentina.

ANEXOS

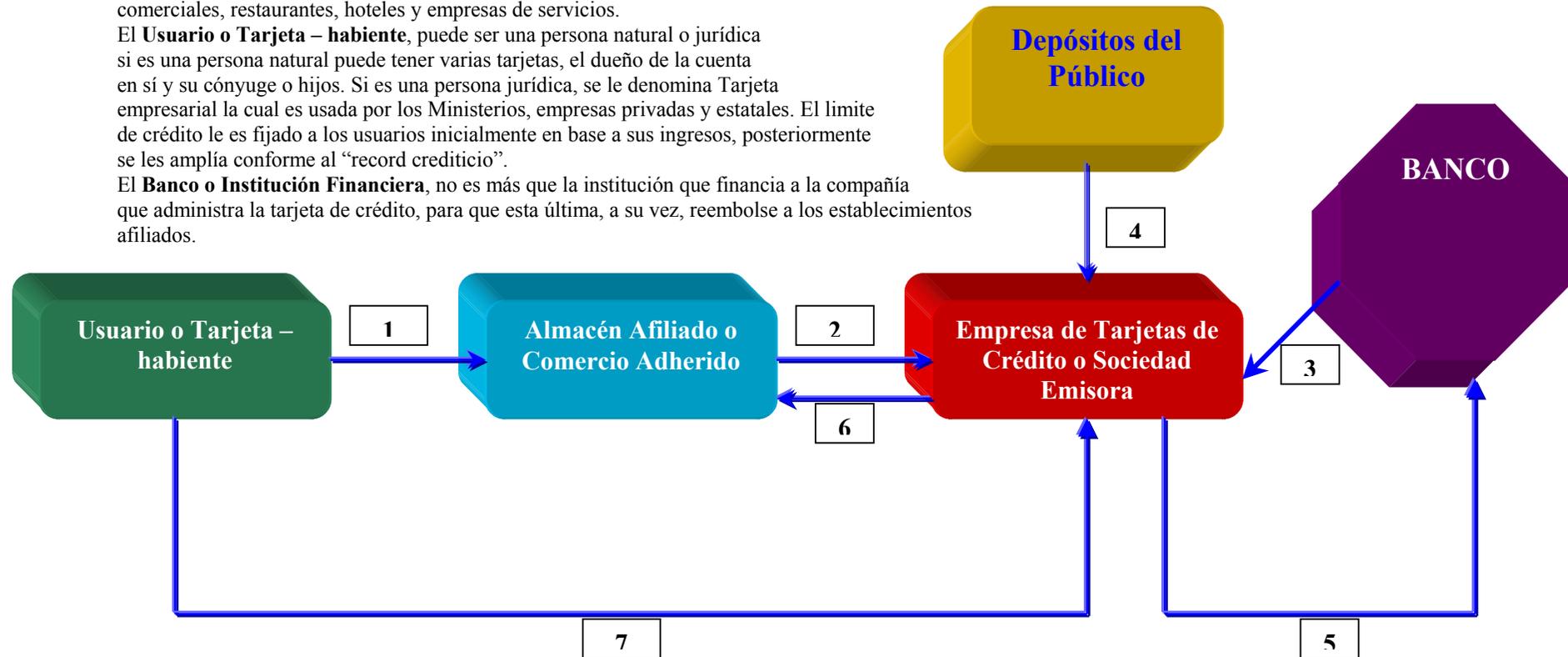
FLUJOGRAMA DEL FINANCIAMIENTO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO, NICARAGUA 1980
(ANEXO 1)

La **Empresa de Tarjetas de Crédito** constituye el eje central del sistema, determina su propia política de concesión de tarjetas, límites de crédito, comisiones a cobrar a los establecimientos afiliados, tasas de interés, etc.

Los **Establecimientos afiliados o comercio adherido**, son almacenes comerciales, restaurantes, hoteles y empresas de servicios.

El **Usuario o Tarjeta – habiente**, puede ser una persona natural o jurídica si es una persona natural puede tener varias tarjetas, el dueño de la cuenta en sí y su cónyuge o hijos. Si es una persona jurídica, se le denomina Tarjeta empresarial la cual es usada por los Ministerios, empresas privadas y estatales. El límite de crédito le es fijado a los usuarios inicialmente en base a sus ingresos, posteriormente se les amplía conforme al “record crediticio”.

El **Banco o Institución Financiera**, no es más que la institución que financia a la compañía que administra la tarjeta de crédito, para que esta última, a su vez, reembolse a los establecimientos afiliados.



- 1) Compra con una Orden de Pago
- 2) Descuento de la Orden de Pago
- 3) Financiamiento
- 4) Financiamiento
- 5) Documentos en garantía
- 6) Pago de contado menos un descuento
- 7) Deuda = Crédito: Tasa de Interés, plazo, limite, etc.

FLUJOGRAMA DEL FINANCIAMIENTO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO, NICARAGUA 1998
(ANEXO 3)

En la actualidad la **Entidad Emisora** de las Tarjetas sigue siendo el eje central de todo el Sistema, a su vez los **Bancos** por autorización expresa de la Ley General de Bancos pueden emitir y administrar tarjetas como meras entidades emisoras. Ambas instituciones realizan el préstamo o la concesión del crédito en base a los depósitos (en el caso de los Bancos) u pagos mensuales (caso de las Entidades Emisoras) de los tarjeta-habientes o cuenta-habientes. El **Comercio Adherido** siguen siendo cualquier empresa de bienes y servicios (hoteles, restaurantes, etc.) El **Usuario o Tarjeta – habiente**, puede ser una persona natural o jurídica si es una persona natural puede tener varias tarjetas, el dueño de la cuenta en sí y su cónyuge o hijos. Si es una persona jurídica, se le denomina Tarjeta empresarial la cual es usada por los Ministerios, empresas privadas y estatales. El límite de crédito le es fijado a los usuarios inicialmente en base a sus ingresos, posteriormente se les amplía conforme al “record crediticio”.



ANEXO N° 2

ESTADO DE RESULTADOS ACUMULADOS A DICIEMBRE 1979

(MILES DE CÓRDOBAS)

| | CREDO- MATIC | DINNER'S CLUB | VISA | T O T A L |
|---|-------------------|------------------|----------------|-----------------|
| <u>I N G R E S O S</u> | <u>20.808.7</u> | <u>2.444.2</u> | <u>2.002.3</u> | <u>25.255.2</u> |
| COMISIONES A AFILIADOS | 11.735.0 | 379.9 | 1.140.4 | 13.255.3 |
| COMIS. POR INTERCAMB. FRANQUIC. | 1.205.1 | 263.9 | 3.4 | 1.472.4 |
| OTRAS COMISIONES | 1.555.9 | 321.7 | 557.2 | 2.434.8 |
| DIFERENCIA NETA DE OPERAC. DE CAMBIO | 6.312.7 | 1.478.7 | 301.3 | 8.092.7 |
| | | | | |
| <u>EGRESOS</u> | <u>41.558.2</u> | <u>2.363.8</u> | <u>2.999.6</u> | <u>46.821.6</u> |
| GASTOS GENERALES Y ADMINISTRACIÓN | 3.886.1 | 1.773.3 | 856.1 | 6.515.5 |
| INTERESES S/PRÉSTAMOS | 7.323.3 | 387.6 | 778.4 | 8.489.3 |
| COMISIONES S/PRÉSTAMOS | 3.234.9 | 66.1 | | 3.301.0 |
| COMISIONES PAGADAS POR INTERCAMBIO DE FRANQUICIA | | 11.1 | | 11.1 |
| | | | | |
| OTROS GASTOS | | 125.7 | 1.263.5 | 1.389.2 |
| GASTOS EXTRAORDINARIOS | <u>27.113.9 *</u> | | <u>101.6 *</u> | <u>27.215.5</u> |
| | | | | |
| UTILIDAD ANTES DEL I.R. | (20.749.5) | 80.4 | (997.3) | 21.666.4 |
| IMPUESTO S/ LA RENTA | 4.1 | 6.4 | | 10.5 |
| UTILIDAD NETA | (20.753.6) | 74.0 | (997.3) | (21.676.9) |

(*) ESTIMACIÓN DE CARTERA DUDOSA.-

PROBLEMAS

1. ¿Se estaría hablando de una adhesión total, al momento de que el tarjeta habiente suscribe el contrato con el intermediario que llega a ofrecerle la tarjeta de crédito, realizando operaciones de crédito y de venta a domicilio o cuáles serían las ventajas o protecciones que el primero tendría a la hora de suscribir dicho contrato?
2. ¿Está el tarjeta habiente atado al contrato de tarjeta de crédito, o podrá hacer valer sus derechos, alegando la Autonomía de la Voluntad, a como lo haría la Sociedad Emisora a la hora de cobrarle un monto excesivo de intereses?
3. ¿Puede el tarjeta-habiente pedir prórroga, y cuánto sería la duración de ésta?
4. Si sabemos que todo contrato redactado con letra chica es nulo, según la Ley de Defensa del Consumidor, ¿Qué opciones tiene el suscriptor del contrato para impugnar dichas cláusulas?
5. ¿Podrá el tarjeta habiente reclamar sobre abusos en los cargos (*bonificación, gastos administrativos, etc*) que deben ser pagados?
6. ¿Qué mecanismos legales tiene el tarjeta habiente y el fiador para llevar a cabo un reclamo, o hacerle frente a los abusos que pueden llevarse a cabo, en virtud del Contrato de Tarjeta de Crédito?
7. ¿Cómo queda la situación del fiador a la hora de un incremento en el monto, por parte de la entidad emisora o la que respalda dicho crédito?
8. ¿Puede hacer uso del derecho común o de otro especial, como el Derecho Mercantil, para contrarrestar los abusos que se pueden llevar a efecto por parte de la sociedad emisora de las tarjetas de crédito?
9. ¿Puede el tarjeta-habiente demandar a la sociedad emisora, o a la entidad que respalda dicho crédito por la vía ejecutiva jurisdiccional?

HIPÓTESIS

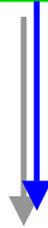
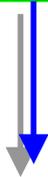
El Contrato de Tarjeta de Crédito, como *contrato de adhesión*, es una categoría contractual que establece *cláusulas abusivas* que ubican en un plano de desigualdad la relación entre Entidad Emisora y Usuario tenedor de la Tarjeta de Crédito, así como al Fiador Solidario que respalda el crédito; originando la falta de mecanismos legales suficientes que permitan equilibrar la relación contractual.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la existencia de mecanismos legales en nuestro Ordenamiento Jurídico, a favor del tarjeta habiente y el fiador frente a las cláusulas abusivas que el Emisor de la Tarjeta de Crédito establece en el contrato, a través del estudio específico de los diversos contratos y leyes en general, para permitirle a éstos establecer una relación de equidad al momento del consentimiento del contenido contractual, examinando la forma escrita y la interpretación de las cláusulas impuestas al tarjeta-habiente, que garantice seguridad jurídica en la transacción o negocio jurídico y sus beneficios.

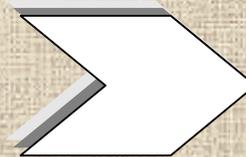
OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Identificar las disposiciones jurídicas en la legislación nacional que regulen esta relación contractual y en qué sentido favorecen o no al usuario y al fiador
2. Investigar como regula el Derecho Civil y Mercantil la situación del Fiador en este tipo contractual, cuando se incrementan los montos del crédito sin su consentimiento u aceptación
3. Conocer el tratamiento jurídico o mecanismos legales (vía judicial) existentes para entablar un reclamo de esta naturaleza contractual, por las partes que intervienen en el contrato
4. Determinar si las cláusulas contenidas en el Contrato entran en contradicción con lo señalado por la Ley de Defensa del Consumidor y si predominan cláusulas abusivas, y si se determina falta de protección
5. Proponer mecanismos legales a favor de las partes (tarjeta habiente y fiador) frente a las consecuencias del incumplimiento que desencadena en ejecución de cobro con altos intereses o del abuso de cláusulas
6. Realizar un análisis con el Derecho Comparado de la regulación de este tipo contractual, en lo relativo a las cláusulas abusivas que se establecen para el cumplimiento del mismo



VARIABLES

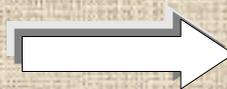
1. Mecanismos Legales
2. Ventajas o desventajas del usuario y del emisor
3. Situación del fiador
4. Reclamos en la relación contractual
5. Cláusulas contractuales
6. Incumplimiento del Contrato



Textos, Códigos y Leyes; periódicos y entrevistas.

SUB - VARIABLES

7. Comparación del contenido contractual



con el Derecho Comparado (Argentina, Costa Rica y España)

5. Cuando usted firmó el contrato de Tarjeta de crédito, leyó de conformidad a lo expuesto en el mismo?

A: Si

B: No

6. La letra de dicho Contrato va:

a) pequeña en algunas partes del contrato

b) pequeña en todo el contrato

7. Sabia Ud. que dicha Ley anterior (Ley de Defensa de los consumidores) puede ser utilizada para contrarrestar los abusos que pueden presentarse en detrimento del titular de la Tarjeta de crédito.

A: Si

B: No

8. Ha hecho Ud. uso de mecanismos legales para hacerle frente a los abusos en que incurre la entidad emisora de las tarjetas de crédito

A: Si

B: No

C: Por qué

9. Ha sido Ud. **Fiador Solidario** de un usuario de tarjeta de crédito

A: Si

B: No

10. En el caso de que su respuesta sea afirmativa, Ud. como Fiador a respondido a un monto diferente del pactado en el contrato de tarjeta de crédito, sin haber sido previamente notificado

A: Si

B: No

11. Ha usted se le ha comunicado para que acepte el incremento de crédito que decide hacer la entidad emisora al usuario de la tarjeta de crédito?

A: Si

B: No

12. Como Fiador, usted a sido ejecutado judicialmente?

A: Si

B: No

Gracias por su valiosa cooperación

GLOSARIO DE TÉRMINOS

| | |
|---------------------------------|--|
| Abono: | Es la garantía ofrecida por un fiador sobre el cumplimiento de lo prometido por parte del contratante. |
| Abonar: | Satisfacer, pagar una obligación a otra persona, por ejemplo a su acreedor o acreedores. |
| Acuerdo: | Resolución tomada por unanimidad o por mayoría de votos sobre cualquier asunto por tribunales, corporaciones o juntas. |
| Actos bilaterales: | Aquellos que, para que produzcan efectos jurídicos, requieren el consentimiento de dos o más personas, como los contratos. |
| Actos de administración: | Los que tienen por objeto conservar, mejorar o hacer que rindan unos bienes. Son también actos de administración el cobro e inversión de las rentas o dividendos que tales bienes produzcan. |
| Adhesión: | Es el consentimiento que presta una persona al acto realizado a la proposición formulada por otra (contrato de adhesión). |
| Adquisición: | Acrecentamiento del patrimonio de una persona física o jurídica. La amplitud del concepto permite su aplicación a todo el campo del Derecho, tanto el público, como el privado. |

| | |
|-------------------------------|--|
| A posteriori: | Se utiliza en las argumentaciones a juicios basados en las necesarias consecuencias de una proposición anterior. En sentido temporal: con posterioridad, después, ulteriormente. |
| A priori: | Equivale a la locución “por lo que precede” e indica la demostración consistente en descender de la causa al efecto, o de la esencia de una cosa a sus propiedades. |
| Abandono de domicilio: | Se produce cuando es dejado o sustituido por la persona domiciliada en él. pero como generalmente las legislaciones admiten la posibilidad de carencia absoluta de domicilio, para que su abandono produzca consecuencias jurídicas es necesario que se desconozca el paradero del abandonante, como sucedería en los casos de ausencia declarada judicialmente con presunción del fallecimiento o sin ella. |
| Afiliación: | El hecho de entrar a formar parte de un partido político, de una asociación o de una agrupación, con fines lícitos, pues, cuando, la asociación o agrupación tienen fines ilícitos, quienes se afilien a ella incurrir en delito. |
| Anual: | Que dura un año. |
| Atípico: | Lo que se aparta de lo usual. |

| | |
|----------------------------|---|
| Asociado: | Se dice que acompaña a otro con igual carácter en alguna comisión o encargo. Miembros de una asociación o sociedad. |
| Avalista: | El que afianza una letra de cambio o un pagaré dado por un tercero. |
| Banco: | Son establecimientos que se encargan de concentrar y regular las operaciones de crédito. |
| Capacidad: | Dentro del campo estrictamente jurídico, aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo. Habilidad o potestad para contratar, disponer por actos entre vivos o por testamento, suceder, casarse y realizar la generalidad de los actos jurídicos. |
| Capacidad jurídica: | La aptitud que tiene el ser humano para ser sujeto o parte, por sí o por representante legal, en las relaciones del Derecho, ya como titular de derechos o facultades, ya como obligados a una prestación o al cumplimiento de un deber. |
| Co-emisor: | Aquella persona natural o jurídica que tenga permiso para la emisión bajo la contratación de algunos servicios, con el respaldo de una marca que deberá pagar un “royalty” de entrada y un sistema de comisiones compartidas, asunción de riesgos e inversión de capital. Se caracteriza por tener un grado de sumisión a la empresa filial de la organización mundial. |

| | |
|------------------------------|--|
| Contrato: | Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser comprendidas. |
| Contrato de adhesión: | Constituye una típica y cada vez más frecuente modalidad de la contratación (en la práctica forense), que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone, sin que quienes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad, es decir, adherirse o no a los términos del contrato preestablecido sin posibilidad de discutir su contenido. |
| Comerciante: | Todo aquel que ejerza el comercio habitualmente teniendo capacidad legal para ello. |
| Comisión: | Es la facultad que se da o se concede a una persona para ejercer, durante cierto tiempo algún cargo. También, es el cargo que una persona hace a otra para que le desempeñe algún negocio. Se reputa comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante el comisionista. |
| Ciente: | Es el destinatario de todos los servicios que brinda cualquier institución pública o privada. Se define como el titular de las cuentas corrientes y de ahorro, así como de las de títulos e inversiones, prestatario de préstamos y usuario de tarjetas magnéticas o de crédito. Se considera “cliente”, en el presente trabajo |

investigativo tanto al titular como a los co-titulares, codeudores, garantes, garantizados, fiadores, avalistas y usuarios adicionales de tarjetas de crédito.

Crédito: Derecho que tiene una persona, llamada acreedor de exigir de otra, denominada deudor, un determinado comportamiento.

Cláusula: Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado, siendo las cláusulas parte integrante del acto jurídico de que se trate, a ellas alcanza sus efectos y la obligatoriedad relativa al acto, las cláusulas no son independientes una de otras, sino que todas ellas forman un conjunto, que es la esencia del documento en que se hallan insertas, se han de interpretarlas una por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte de la totalidad.

Cuentas: Son el conjunto de cuentas corrientes, de ahorro, de inversión o saldos deudores o simplemente saldos a favor del cliente o usuario de las instituciones públicas o privadas bancarias, tanto en moneda nacional, como en dólares.

Dinero: Medio de cambio o de pago, en la antigüedad se le denominaba como "*pecunia*". Significa caudal, fortuna. Para la Economía y para el Derecho constituye un signo convencional de valor y de medio de pago. También significa moneda y billetes de

circulación legal local e internacional oficial, se refiere a un medio de pago que no se haga en especie.

Dinero Plástico:

Es un sistema global de pago mediante tarjetas plásticas para diferentes transacciones financieras a nivel local e internacional, como resultado de la compra o adquisición de bienes y servicios valorados en términos monetarios o dinero de curso legal y de aceptación internacional.

Documento:

Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, en su aceptación principal para el derecho, es el escrito por el cual el autor o demandante ejercita un juicio una o varias acciones o en tabla recursos de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Emitir:

Exhalar, o despedir algo. Poner en circulación billetes, valores o efectos públicos, lanzar al mercado una serie de acciones o de obligaciones mercantiles o industriales, por lo general de libre adquisición y de negociación bursátil.

Ente:

Es la entidad administradora y emisora de un sistema de compras, de crédito y/o débito; actualmente CREDOMATIC S.A., AVAL-CARD, etc., así como cualquier otra que en el futuro emerja de este tipo de negocios, o cualquier otra con la cual trabaje un banco cualquiera, es decir, tenga relación comercial.

Legislación:

Totalidad de disposiciones legales de un pueblo o de una época determinada.

| | |
|---------------------------|---|
| Licencia de Marca: | Autorización otorgada por el titular de una marca, para que otra persona la utilice. |
| Mora: | Tardanza en el cumplimiento de una obligación. De modo más específico, retraso en el pago de una cantidad de dinero, liquidez vencida. |
| Obligación: | Deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia de una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada. |
| Pago: | Cumplimiento de una prestación que constituye el objeto de la obligación, sea esta una obligación de hacer o una obligación de dar. Constituye una forma típica de extinguir las obligaciones. |
| Pagos a plazos: | Por convención inicial o novación ulterior, el cumplimiento de una obligación y más aún el abono de una suma de dinero, en diversas cuotas, con vencimientos periódicos que van de la señal, pasando por lo mensual, lo más común, hasta lo anual. |
| Relación jurídica: | Es la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizadas unilateralmente dentro del Orden Jurídico total por un especial principio jurídico. Todo vínculo de derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o |

incorporal, con trascendencia en el ordenamiento jurídico vigente.

Terminales:

Son los cajeros automáticos o simplemente “cajeros automáticos”, y otros dispositivos electrónicos a través de los cuales se pueden realizar operaciones en las “cuentas”, pero cuyo saldo no se refleja de inmediato sino dentro de las próximas horas, dependiendo de lo establecido en el Contrato suscrito.

Tarjeta-habiente:

Es el beneficiario de todos los servicios que se ofrecen bajo el Sistema de financiamiento de pago amparado en un contrato adhesivo conforme a las leyes locales y sujetos a convenios internacionales.

Tarjeta Plástica:

Es un medio plástico electrónico que permite registrar valores monetarios disponibles (efectivo) para el usuario, sujeta a un sistema informático, controles financieros y contables, y de seguridad para el emisor y para el usuario.

Tarjeta de Crédito:

Son tarjetas de gastos de viaje y de representación se pueden utilizar para muchos tipos de compras, por ejemplo: *MasterCard*, *Visa*, *Dinners Club*, etc. Ofrecen al consumidor plazos para pagar y/o una línea de crédito rotativa con un límite fijado por el emisor.